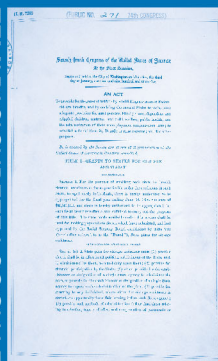


Welfare negoziale e nuovi bisogni

TRADIZIONE ED EMERGENZA

Seminari Previdenziali Maceratesi - 2021

TEM DI SICUREZZA SOCIALE



Collana
diretta da
G. Canavesi
e E. Ales

a cura di
GUIDO CANAVESI
EDOARDO ALES

Editoriale Scientifica

TEMI DI SICUREZZA SOCIALE

Direttori

Edoardo Ales – Guido Canavesi

Comitato scientifico

*Anna Alaimo - Alberto Avio - Ulrich Becker - Paola Bozzao - Rosa Casillo
Silvia Ciucciiovino - Davide Casale - Antonio Di Stasi - Madia D'Onghia
Marco Esposito - Valeria Filì - Laura Foglia - Lorenzo Gaeta
Marco Gambacciani - Stefano Giubboni - Giuseppe Ludovico - Sergio Nisticò
Antonella Occhino - Paolo Pascucci - Pasquale Passalacqua - Emmanuele Pavolini
Frans Pennings - Pietro Pozzaglia - Simonetta Renga - Giuseppe Sigillò Massara
Michele Squeglia - José Luis Tortuero Plaza - Armando Tursi
Riccardo Vianello - Herwig Verschueren - Tiziana Vettor*

Temi di sicurezza sociale è una collana di volumi *open access* che nasce sulla scia dell'esperienza dei Seminari Previdenziali Maceratesi, per favorire lo studio a livello scientifico di questa materia. Il titolo è volutamente ampio nella prospettiva di accogliere apporti conoscitivi da altri ambiti disciplinari tradizionalmente attenti ai temi del welfare e favorire approcci interdisciplinari.

**WELFARE NEGOZIALE
E NUOVI BISOGNI
TRADIZIONE ED EMERGENZA**

Seminari Previdenziali Maceratesi - 2019

a cura di

Guido Canavesi – Edoardo Ales

EDITORIALE SCIENTIFICA

*Si ringrazia l'Associazione Italiana di Diritto del Lavoro e della Sicurezza
Sociale per il patrocinio e il sostegno all'organizzazione
dei Seminari e alla stampa di questo volume*

Tutti i volumi della collana sono soggetti a doppio refraggio

Proprietà letteraria riservata

© Copyright 2022 Editoriale Scientifica s.r.l.
via San Biagio dei Librai, 39 - 80138 Napoli
www.editorialescientifica.com info@editorialescientifica.com
ISBN 979-12-5976-409-6

Indice

GUIDO CANAVESI	
<i>Introduzione</i>	7
MARCO GAMBACCIANI	
<i>Funzione e sviluppo attuale della previdenza complementare</i>	11
SILVIA CIUCCIOVINO	
<i>Il welfare aziendale tra funzione retributiva e funzione previdenziale</i>	39
ARMANDO TURSI	
<i>Il rapporto di previdenza complementare e l'obbligazione contributiva</i>	53
EMMANUELE MASSAGLI	
<i>Ragioni, finalità ed evoluzione del welfare aziendale: spunti dalla esperienza</i>	77
MARTINA BASSOTTI, ALESSIO CARACCILO, STEFANO IACOBUCCI, SILVIA MAGAGNOLI, ANTONIA ROSSANA PASTORE, GIOVANNA PISTORE, FEDERICA STAMERRA	
<i>Fondi pensione e omissioni contributive: la tutela della posizione contributiva del lavoratore</i>	93
ILARIA BRESCIANI, CLAUDIA CARCHIO, MYRIAM DE LUCIA, DANIELA DEL DUCA, ROSSANA DETOMI, CHIARA PAOLINI	
<i>La portabilità della posizione contributiva dei fondi di previdenza complementare</i>	135

STEFANO MARIA CORSO, IRENE CRISCI, MICHELE DALLA SEGA, CHIARA GARBUIO, GIOVANNI PIGLIALARMI, MATTEO TURRIN <i>Welfare negoziale e lavoro autonomo</i>	161
MASSIMILIANO DE FALCO, CHIARA GAGLIONE, GIAN PIERO MARCELLINI, TOMMASO MASERATI, ROBERTO PETTINELLI, GIANLUCA PICCO, ALESSANDRO VENTURA <i>Welfare aziendale, premialità e partecipazione dei lavoratori</i>	203
<i>Abbreviazioni delle riviste</i>	229
<i>Indice Autori</i>	233

Fondi pensione e omissioni contributive: la tutela della posizione contributiva del lavoratore

MARTINA BASSOTTI, ALESSIO CARACCILO, STEFANO IACOBUCCI,
SILVIA MAGAGNOLI, ANTONIA ROSSANA PASTORE,
GIOVANNA PISTORE, FEDERICA STAMERRA*

SOMMARIO: 1. *Premessa*. – 2. *Risarcimento del danno da mancato versamento della quota del datore*. – 3. *Aspetti concorsuali del danno da mancato versamento*. – 4. *La legittimazione ad agire per il versamento dei contributi omessi al Fondo di previdenza complementare al vaglio della giurisprudenza di merito*. – 5. *Il soggetto legittimato ad agire per l'ammissione allo stato passivo del fallimento*. – 6. *Natura dei crediti dovuti alla previdenza complementare e privilegi patrimoniali*. – 7. *Omissioni contributive e Fondo di garanzia: problemi e prospettive*.

1. *Premessa*

La tutela del lavoratore a fronte dell'omissione contributiva del datore di lavoro nei confronti degli enti gestori delle forme di previdenza complementare sconta innanzi tutto delle criticità di natura tecnica imputabili alle imprecisioni terminologiche rilevabili nel complesso articolato normativo di riferimento. Tanto il legislatore quanto la giurisprudenza e la prassi amministrativa fanno uso di termini che aprono scenari ben diversi. Accade così che si sovrappongono i concetti di «posizione [o situazione] assicurativa», «contributiva», «previdenziale», «assistenziale», «pensionistica», talvolta combinati tra loro a mo' di endiadi, talaltra separati da di-

* Il *report* è l'esito del lavoro di gruppo svolto durante la quinta edizione dei *Seminari di studi previdenziali* sul tema *Welfare negoziale e nuovi bisogni. Tradizione ed emergenza* (Macerata, 15-18 settembre 2021) – tutor la Prof.ssa Valeria Fili – ed è il prodotto di una successiva rivisitazione comune. Tuttavia, il § 1 è da attribuire ad Alessio Caracciolo; il § 2 è da attribuire ad Antonia Rossana Pastore; il § 3 è da attribuire a Stefano Iacobucci; il § 4 è da attribuire a Silvia Magagnoli; il § 5 è da attribuire a Martina Bassotti; il § 6 è da attribuire a Giovanna Pistore; il § 7 è da attribuire a Federica Stamerra.

sgiunzioni più o meno evocative di differenti significati»¹, al punto che si è parlato di «incontinenza lessicale»².

La scelta dell'espressione "posizione individuale" nella disciplina della previdenza complementare è già di per sé foriera di problematiche applicative, in quanto non assume valenza definitoria rispetto a una situazione molto variegata (basti pensare alla fluidità della componente derivante dai rendimenti di gestione) nella quale confluiscono crediti che nascono con natura diversa ma che, in conclusione, porteranno all'erogazione di una prestazione di natura previdenziale.

Secondo la deliberazione COVIP 31 ottobre 2006, infatti, «la posizione individuale consiste nel capitale accumulato di pertinenza di ciascun aderente, è alimentata dai contributi netti versati, dagli importi derivanti da trasferimenti da altre forme pensionistiche complementari e dai versamenti effettuati per il reintegro delle anticipazioni percepite, ed è ridotta da eventuali riscatti parziali ed anticipazioni»³.

Ciò significa che, in linea di principio, non si tratta di una posizione strettamente "previdenziale", quanto piuttosto di una "posizione assicurativa" di natura privata, caratterizzata da una variabilità innata, e tale configurazione influisce inevitabilmente sulle forme di tutela esperibili in sede giudiziale a seconda che si valorizzi la regolarità del flusso contributivo, l'integrità del capitale o la redditività potenziale.

Il collegamento con la componente "assicurativa" del sistema pensionistico è evidente, soprattutto con riferimento ai rimedi contro le omissioni contributive⁴, nonché alla valorizzazione della componente pubblicistica dell'interesse giuridico sotteso – ascrivibile all'art. 38 Cost., con oscillazioni in merito all'incardinamento nel secondo⁵ o nel

¹ R. VIANELLO, *Garanzie e tutela dei diritti*, in M. CINELLI (a cura di), *La previdenza complementare. Art. 2123, Il Codice Civile. Commentario*, Giuffrè, Milano, 2010, pp. 654-655.

² *Ibidem*, nota 17.

³ Tale definizione si rinviene nell'art. 9 dello schema di statuto allegato alla deliberazione COVIP 31 ottobre 2006.

⁴ Tra tutti, la possibilità di accedere, a talune condizioni, al fondo di garanzia ex art. 5, d. lgs. 80 del 1992 (in merito al quale v. *infra*, § 7).

⁵ Così C. cost. 28 luglio 2000, n. 393, in *Mass. giur. lav.*, 2000, 8-9, pp. 965 ss., con nota di R. PESSI, *Una lezione di etica della politica: la Corte costituzionale e la previdenza complementare*.

quinto comma⁶ – pur nell'impossibilità di accedere ai meccanismi di tutela di cui all'art. 2116 c.c. (generalmente ricondotti al principio di "automaticità delle prestazioni")⁷.

Nella fase di accantonamento delle somme relative alla posizione individuale, dunque, delineare il rapporto tra aderente, fondo e obbligato (*recte*, obbligati) è «operazione esegetica prodromica e imprescindibile»⁸. Difatti, tra le fonti di finanziamento della posizione individuale ne emerge una, strutturale (la contribuzione), rispetto alle altre due, solo eventuali (portabilità e reintegrazioni). Ancora una volta, il riferimento testuale (in questo caso, ai "contributi versati"⁹ e, più in generale, alla "contribuzione"¹⁰) rende scivoloso il terreno dell'interprete, specialmente con riferimento alla tripartizione delle "quote" accantonate a seconda che siano a carico del lavoratore o del datore di lavoro, ovvero frutto di destinazione della quota di accantonamento del trattamento di fine rapporto¹¹.

⁶ Per tutti, M. BESSONE, *Previdenza privata e fondi pensione. Il sistema delle fonti normative di un nuovo ordinamento di settore*, in M. BESSONE, F. CARINCI (a cura di), *La previdenza complementare*, Utet, Torino, 2004, pp. 202 ss. ma, in precedenza, M. PERSIANI, *Previdenza pubblica e previdenza privata*, relazione al XIII convegno AIDLASS Ferrara 11-13 maggio 2000, p. 15 del dattiloscritto disponibile sul sito www.aidlass.it.

⁷ Tale assunto sembra fondare la scelta del legislatore di non assoggettare la previdenza complementare al medesimo regime di quella obbligatoria in materia di prescrizione sia con riferimento all'applicabilità dell'art. 3, comma 9, l. 335 del 1995 (prescrizione decennale in luogo di quella quinquennale *ex art.* 2948 c.c.) che alla richiesta di intervento del fondo di garanzia per i contributi da versare ai fondi pensione prima del decorso del termine (a differenza di quanto disposto dall'art. 3, d. lgs. n. 80 del 1992 per la previdenza obbligatoria). Sul punto, cfr. A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale, Fattispecie e disciplina giuridica*, Giuffrè, Milano, 2001, pp. 150 ss., spec. p. 165; R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela della posizione assicurativa individuale*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2009, 3, pp. 674-675.

⁸ R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., p. 654.

⁹ Così l'art. 9 dello schema di statuto allegato alla deliberazione COVIP 31 ottobre 2006.

¹⁰ Vedi la Sez. I, lett. b) dello "schema di nota informativa" allegato alla deliberazione COVIP 31 ottobre 2006, come modificato dalla deliberazione COVIP 22 marzo 2017.

¹¹ Il trattamento di fine rapporto, avente senza dubbio un fondamento retributivo sia sul piano della base di calcolo sia su quello del legame con la prestazione lavorativa svolta – per un'analisi di entrambe le caratteristiche, v. M. GAMBACCIANI, *La giurisprudenza sulla natura e funzione del trattamento di fine rapporto e delle prestazioni pensionistiche complementari*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2008, 3, pp. 765 ss. –, assolve anche ad una funzione previdenziale. Sulla de-

La condotta omissiva del datore di lavoro si configura quindi come plurioffensiva nei confronti sia del lavoratore sia del fondo pensione.

In questo scenario composito, le omissioni contributive possono causare più tipologie di danno, ciascuna delle quali richiama una forma di tutela differente in sede giudiziale, costringendo l'interprete a orientarsi in un ginepraio dal quale è difficoltoso trarre un'indicazione sullo strumento processuale più efficace.

Per il lavoratore, il danno più evidente è dato dall'impossibilità di maturare i requisiti per la prestazione alla quale avrebbe avuto diritto laddove il datore di lavoro avesse adempiuto all'obbligazione. Tuttavia, accanto a questa categoria di danno ve ne sono due eventuali: l'una, nel caso di richiesta di portabilità della posizione in costanza di rapporto; l'altra, per i mancati rendimenti che sarebbero derivati dalla gestione delle somme da parte del fondo pensione. Per quest'ultimo, invece, oltre ai mancati incameramenti delle somme per le spese di gestione si può configurare anche un danno in relazione ai rendimenti che sarebbero stati realizzati laddove fosse stato possibile investire la contribuzione omessa¹².

finizione di «retribuzione differita con funzione previdenziale», cfr., oltre l'Autore appena citato (p. 767), R. DE LUCA TAMAJO, *Il trattamento di fine rapporto*, in *Dir. lav. rel. ind.*, 1982, p. 451; A. VALLEBONA, *Il trattamento di fine rapporto*, Franco Angeli, Milano, 1984, p. 170; ID., voce *Indennità di fine rapporto*, in *Dig. disc. priv., sez. Comm.*, agg. 2003, Utet, Torino, p. 482. Per una ricostruzione delle differenti posizioni dottrinali, v. D. IARUSSI, *Trattamento di fine rapporto: antico istituto ma sempre attuale e ... duttile*, in *Arg. dir. lav.*, 2015, 1, pp. 249 ss., spec. p. 253. Se, infatti, la trasformazione dell'indennità di anzianità in trattamento di fine rapporto (in merito alla quale v. G. SANTORO PASSARELLI, *Dall'indennità di anzianità al trattamento di fine rapporto*, Giuffrè, Milano, 1984, pp. 5 ss. ne ha consacrato il «carattere retributivo» con «corresponsione differita al momento della cessazione del rapporto» (C. Cost. 20 giugno 1968, n. 75, in *Giur. cost.*, 1968, p. 1095, con nota di G. GIUGNI), ciò non contrasta con la possibilità di configurarne una polifunzionalità (in merito alla quale v. già L. BARASSI, *Il diritto del lavoro*, II, Giuffrè, Milano, 1936, pp. 440 ss.) volta a soddisfare differenti bisogni, così rievocando la finalità previdenziale di «libertà dal bisogno», come sostenuto del resto in dottrina: sul punto, v. G. PERA, *Indennità di anzianità*, in *Dir. econ.*, 1980, pp. 7 ss.; M. PERSIANI, *Previdenze contrattuali e contribuzione previdenziale*, in *Mass. giur. lav.*, 1987, pp. 72 ss.; ID., *La previdenza complementare tra iniziativa sindacale e mercato finanziario*, in *Arg. dir. lav.*, 2001, II, p. 717. *Contra*, A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, cit., pp. 28 ss.

¹² Sul punto cfr. G. DONDI, *Prime note sulla recente disciplina delle forme pensionistiche complementari*, in *Mass. giur. lav.*, 1994, p. 710; F. MAZZIOTTI, *sub art. 11*, in

È stato sostenuto, inoltre, che possano sussistere ulteriori forme di responsabilità, in merito alle quali la dottrina ha mostrato maggiore scetticismo.

Una posizione minoritaria ha individuato nell'omissione contributiva una condotta antisindacale¹³ per violazione dell'art. 28 St. Lav. stante la natura negoziale della costituzione dei fondi pensione¹⁴. Altra dottrina si è posta il dubbio che si possa configurare una responsabilità in capo al fondo pensione per difetto di informazione nei confronti del lavoratore¹⁵, partendo dal presupposto che ciascun fondo è obbli-

M. CINELLI (a cura di), *Disciplina delle forme pensionistiche complementari – Commentario al d. lgs. 21 aprile 1993, n. 124, come modificato ed integrato dal d. lgs. 30 dicembre 1993, n. 585*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 1995, p. 221; E. LAMANDA, G. NISPI LAN- DI (a cura di), *La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare*, in *Quaderni tematici COVIP*, 2002, spec. n. 3, p. 36; A. TURSI, *Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Lav. dir.*, 1994, p. 92; ID., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, cit., p. 460; R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., p. 672. Si evidenzia anche il riferimento normativo, di cui all'art. 1, comma 2, lett. e), n. 8, l. 23 agosto 2004, n. 243, al «danno da mancato conseguimento dei rendimenti».

¹³ T. Prato, 2 novembre 2007, cit. in M. ALTIMARI, *Orientamenti giurisprudenziali in materia di previdenza complementare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2013, 1, p. 211, nota 47; T. Firenze, 23 aprile 2004, *ivi*, nota 48.

¹⁴ M. ALTIMARI, *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 211, al contempo, evidenzia che «indubbiamente l'utilizzo dello strumento dell'art. 28 St. lav. è molto suggestivo ma al tempo stesso appare forzato: non sembra infatti superabile il rilievo circa la terzietà delle organizzazioni sindacali rispetto al rapporto di previdenza complementare, non essendo richiamabile la disciplina riguardante l'omissione dei versamenti dei contributi sindacali», a cui si può aggiungere che la condotta antisindacale ben potrebbe configurarsi nel caso di comportamenti volti a precludere la costituzione o la regolamentazione del fondo (richiamando il divieto di «impedire o limitare l'esercizio della libertà e della attività sindacale») ma non una volta che l'attività del sindacato abbia esaurito il suo scopo, ossia dopo la costituzione del fondo stesso.

¹⁵ La riflessione è approfondita in R. VIANELLO, *Garanzie e tutela dei diritti*, cit., pp. 720 ss. L'ipotesi si fonda sulla verifica del possibile parallelismo con un analogo rimedio ammesso nelle forme di previdenza obbligatoria, ove «quando il lavoratore, resosi conto dell'omissione contributiva, ha avvertito invano l'ente previdenziale, segnalando la necessità di procedere a un sollecito recupero dei contributi, e l'ente, rimanendo inerte, ha lasciato cadere in prescrizione i contributi stessi». In senso analogo, M. PERSIANI, *Diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2007, p. 47. Tuttavia, la differenza sostanziale tra le due fattispecie rende difficoltosa una sovrapposizione delle discipline, in quanto nel caso della previdenza complemen-

gato a una rendicontazione periodica trasparente e alla comunicazione annuale degli accantonamenti¹⁶. Infine, si potrebbe valutare – con un certo scetticismo – anche l'ipotesi di una responsabilità della stessa COVIP per *culpa in vigilando*¹⁷. Questi tre rimedi eventuali, tuttavia, anche ove fossero considerati effettivamente praticabili, appaiono avulsi rispetto alla questione principale, ossia il ripristino della posizione individuale del lavoratore al fine di ottenere i vantaggi economici ai quali aspirava al momento dell'adesione al fondo pensione, che sarebbero stati conseguiti nel caso di esatto adempimento da parte del datore di lavoro e che non sarebbero realizzati neppure in caso di vittorioso esperimento di tali azioni giudiziarie.

Il presente contributo, frutto delle riflessioni comuni condotte durante

tare è consolidata la posizione che vede fondo e iscritto contitolari della legittimazione ad agire nei confronti del datore di lavoro inadempiente.

¹⁶ Difatti, l'A. conclude che «sarà ben difficile ipotizzare che l'iscritto possa agire contro il fondo pensione, addebitandogli l'inerzia nell'attività di recupero della contribuzione omessa, e ciò perché la veste di titolare del diritto legittima l'iscritto stesso ad assumere nei confronti del soggetto obbligato iniziative compulsive dirette» (R. VIANELLO, *Garanzie e tutela dei diritti*, cit., p. 725). In via residuale, «di una responsabilità del fondo pensione nei confronti dell'iscritto potrà piuttosto parlarsi ogniqualvolta il fondo renda maggiormente difficoltosa l'attività di controllo e, quindi, rallenti la possibilità di intervenire efficacemente in maniera diretta (fornendo informazioni errate o tardive): in questi casi, però, la responsabilità del fondo poggerà non sull'irregolarità contributiva in sé considerata, ma sull'inadempimento a obblighi collaterali e accessori, il cui corretto adempimento è funzionale alla tempestiva verifica della correttezza contributiva» (*ibidem*).

¹⁷ Vedi l'art. 18, comma 2, d. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, come modificato dall'art. 1, comma 22, lett. a), d.lgs. 13 dicembre 2018, n. 147, ai sensi del quale «la COVIP, avuto riguardo alla tutela degli iscritti e dei beneficiari e al buon funzionamento del sistema di previdenza complementare, esercita la vigilanza prudenziale sulle forme pensionistiche complementari, perseguendo la trasparenza e la correttezza dei comportamenti, la sana e prudente gestione e la loro solidità», nonché l'art. 19, comma 2, lett. i), d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, come modificato dall'art. 1, comma 23, lett. a), n. 9, d.lgs. 13 dicembre 2018, n. 147, che prevede un «controllo sulla gestione tecnica, finanziaria, patrimoniale, contabile delle forme pensionistiche complementari, anche mediante ispezioni presso le stesse». Ciononostante, tale attività di verifica e controllo non può ritenersi integrare un potere di surroga nelle azioni che dovrebbe intraprendere il fondo pensione, dovendosi ridurre le ipotesi di responsabilità della COVIP ai soli gravi inadempimenti degli obblighi di verifica e controllo sulla regolarità dell'Albo dei fondi pensione ovvero sull'inerzia nell'applicazione delle sanzioni di cui all'art. 19 *quater*, d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252 (aggiunto dall'art. 6, comma 1, d.lgs. 6 febbraio 2007, n. 28).

la quinta edizione dei Seminari Previdenziali Maceratesi, pur prendendo atto delle molteplici casistiche meritevoli di una riflessione scientifica, circoscrive dunque l'esposizione dell'attività di ricerca alla tutela della posizione contributiva del lavoratore contro le omissioni del datore di lavoro, tenendo conto delle diverse vicende delle tre "quote" che confluiscono nella posizione individuale presso i fondi di previdenza complementare.

2. Risarcimento del danno da mancato versamento della quota del datore

La posizione individuale in materia di previdenza complementare si compone, oltre che dei contributi versati e del TFR conferito, anche dei rendimenti conseguiti per effetto della gestione finanziaria delle risorse della forma pensionistica.

Poiché la previdenza complementare si basa su un sistema a capitalizzazione che, pur assicurando la conservazione del valore nominale degli importi accreditati su conti individuali, non offre garanzie sull'entità dei rendimenti e, quindi, sull'accumulazione in termini reali di un capitale sufficiente ad erogare nel tempo prestazioni adeguate, è evidente che l'irregolarità contributiva non solo produce un danno corrispondente al minor afflusso di risorse in conto capitale, ma rischia di produrre anche un danno collegato al mancato conseguimento dei rendimenti (o dei maggiori rendimenti) che si sarebbero potuti ottenere ove la posizione assicurativa fosse stata più cospicua¹⁸ (c.d. regime "a contribuzione definita"¹⁹).

¹⁸ A. TURSI, *Riflessioni sulla nuova disciplina della previdenza complementare: la terza riforma della previdenza complementare*, in *Le nuove regole civili commentate*, Cedam, Padova, 2007, p. 92; ID., *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, cit., p. 460; G. DONDI, *Prime note sulla recente disciplina*, cit., p. 710. La rilevanza del problema del danno connesso al mancato conseguimento dei rendimenti realizzati è segnalata, poi, da E. LAMANDA e G. NISPI LANDI (a cura di), *La problematica delle omissioni contributive*, cit., p. 36, ed è percepito anche dall'art. 1, comma 2, lett. e), n. 8, l. n. 243 del 2004 (che fa espressa menzione dell'«eventuale danno derivante dal mancato conseguimento dei relativi rendimenti»).

¹⁹ M. PERSIANI, M. D'ONGHIA, *Fondamenti di diritto della previdenza sociale*, Giappichelli, Torino, 2019, p. 360 «l'adozione di questo regime comporta che i contributi a carico del datore di lavoro e del lavoratore, man mano, sono accreditati su conti individuali unitamente al rendimento prodotto dall'investimento dei relativi importi. Il livello delle pensioni, quindi, è determinato dal totale dei contributi accredita-

Ciò premesso, le tutele contro le irregolarità contributive presuppongono l'adozione di iniziative nei confronti del responsabile del danno, quindi, del datore di lavoro, da parte del soggetto danneggiato.

Ai fini dell'adozione di misure volte alla tutela della posizione creditoria del lavoratore, assume grande rilevanza il momento in cui quest'ultimo viene a conoscenza dell'irregolarità contributiva; il mancato versamento, infatti, può essere colto nel momento stesso dell'incidenza²⁰ sulla maturazione della posizione individuale oppure al verificarsi del pregiudizio alla prestazione pensionistica.

Nella prima ipotesi, il lavoratore, stante la necessità²¹ di un immediato ripristino della posizione individuale, ha la possibilità di rivolgersi al Giudice, ai sensi dell'art. 1453 c.c. per ottenere la «condanna del datore di lavoro all'adempimento, attraverso il pagamento tardivo dei contributi, qualora sia ancora possibile, ovvero alla reintegrazione in forma specifica o per equivalente attraverso la valutazione del danno²²».

Legittimati attivi sono anche i fondi pensione in quanto titolari del diritto di credito alla contribuzione, che possono ricorrere agli ordina-

ti su ogni conto individuale e dalla somma dei relativi rendimenti. Ne consegue che il livello delle prestazioni è rigorosamente determinato sulla base dell'ammontare della retribuzione versata da, o per, ogni lavoratore e dall'importo dei relativi rendimenti».

²⁰ In realtà è discussa la possibilità di ottenere una tutela preventiva, in via cautelare, ricorrendo per l'accertamento dell'inadempimento contributivo, analogamente a quanto possibile con riferimento alla previdenza obbligatoria (sul punto v. Cass. 25 ottobre 1997, n. 10528).

²¹ Tale necessità è confermata anche nello schema di statuto dei fondi pensione negoziali, allegato alla deliberazione COVIP 31 ottobre 2006 (relativa ai fondi pensione di origine contrattuale costituiti in forma associativa) il cui art. 8, c. 9, recita: «In caso di mancato o ritardato versamento, il datore di lavoro è tenuto a reintegrare la posizione individuale dell'aderente secondo modalità operative definite con apposita regolamentazione (valutare la possibilità di inserire la suddetta regolamentazione nell'ambito dello statuto). Inoltre, il datore di lavoro è tenuto a risarcire il Fondo di eventuali spese dovute al mancato adempimento contributivo».

²² A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza*, cit., p. 484, che ammette pure l'eccezione di inadempimento, precisando però, condivisibilmente, che l'inadempimento degli obblighi contributivi del datore di lavoro non legittima il mancato versamento dei contributi a carico dei lavoratori.

ri rimedi civilistici in caso di inadempimento delle obbligazioni pecuniarie o a particolari strumenti di tutela previsti dagli statuti²³.

Nel caso in cui, invece, l'irregolarità contributiva non venga colta prima del verificarsi del pregiudizio e, dunque, sia già stato recato un danno alla prestazione pensionistica²⁴, il danneggiato può agire verso il datore inadempiente ricorrendo all'ordinaria disciplina civilistica in tema di inadempimento delle obbligazioni. La normativa impone la prova del pregiudizio conseguente all'irregolarità contributiva e consente l'applicazione degli artt. 1223, 1226 e 1227 c.c. o, in alternativa, facendo ricorso al Fondo di Garanzia di cui all'art. 5, d.lgs. 80 del 1992, che ha recepito la Direttiva 80/987/CEE (v. *infra* § 7).

Il su citato articolo riconosce al lavoratore il diritto di richiedere al Fondo di garanzia INPS l'integrazione, presso la gestione di previdenza interessata, dei contributi omessi, qualora il suo credito sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto all'esito di una procedura concorsuale o esecutiva nei confronti del datore responsabile dell'omissione stessa. Pertanto, l'art. 5 tutela le situazioni di sofferenza contributiva solo se imputabili a datori di lavoro sottoposti a procedure concorsuali specificatamente elencate.

²³ Sul punto R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., p. 686 «la quasi totalità degli statuti stabilisce, per i casi di incapienza contributiva, oltre al versamento della contribuzione dovuta, specifiche sanzioni consistenti in addebiti pecuniarî in cifra fissa per ogni lavoratore interessato dall'irregolarità, in maggiorazioni della quota di contribuzione omessa, solitamente rapportate all'eventuale incremento percentuale del valore della quota registrato nel periodo di mancato o tardivo versamento (e spesso accompagnate altresì da un ulteriore importo pari agli interessi di mora calcolati in base al tasso di interesse legale), oppure in maggiorazioni degli interessi di mora rispetto al tasso legale (solitamente destinate alla copertura degli oneri amministrativi del fondo pensione). E in alcuni casi si prevede anche che l'inadempiente sia tenuto a risarcire il fondo delle spese dovute al mancato adempimento contributivo e degli eventuali danni di natura economica e patrimoniale causati dal ritardato versamento.»

²⁴ In dottrina è nota la posizione che pospone la possibilità di esercitare tale diritto solo in un momento successivo rispetto alla richiesta di accesso alla prestazione previdenziale, poiché «la richiesta di risarcimento del danno presuppone l'avveramento dell'evento tutelato, e dunque solo quando si perfezionano i requisiti per ottenere la prestazione di previdenza il lavoratore potrà esperire i rimedi previsti dall'ordinamento» (M. ALTIMARI, *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., p. 210).

Questa limitazione è stata in realtà superata da una circolare INPS²⁵ che ammette l'intervento del Fondo, previo esperimento da parte del lavoratore di una procedura esecutiva individuale a seguito della quale il suo credito sia rimasto in tutto o in parte insoddisfatto, anche se il datore non sia assoggettabile ad una procedura concorsuale ai sensi dell'art. 1 R.D. 16 marzo 1942, n. 267 (Legge Fallimentare). Per di più, diversamente da quanto previsto per il Fondo di garanzia del TFR e dei crediti di lavoro, il Fondo può intervenire anche quando il Tribunale disponga di non procedere all'accertamento del passivo a causa della previsione di insufficiente realizzo (art. 102 L.F.), purché il credito sia stato, in ogni caso, accertato giudizialmente ed il lavoratore produca copia autentica del decreto di chiusura del fallimento per insufficienza dell'attivo²⁶.

Va notato, però, che il sistema delineato dalla norma in esame non assicura alcun ristoro diretto da parte del Fondo di Garanzia in favore del lavoratore danneggiato; è infatti riconosciuto soltanto un versamento di somme da parte del Fondo di Garanzia al fondo integrativo teso ad *integrare* i contributi omessi. Ai fini del calcolo della integrazione, però, rileva esclusivamente l'importo dei contributi omessi non anche il lasso temporale intercorso fra l'inadempimento e l'effettiva integrazione. Pertanto, questo rimedio non garantisce al lavoratore il ripristino della situazione che ci sarebbe stata se il datore avesse correttamente adempiuto all'obbligazione posta a suo carico, cioè quella maggior redditività che sarebbe stata assicurata se il fondo integrativo avesse avuto a disposizione la somma datoriale da investire²⁷.

In conclusione, la tutela offerta al lavoratore danneggiato risulta non essere sufficiente poiché limitata all'equivalente monetario dei contributi omessi e non in grado di preservare il *quantum* sacrificato dal comportamento irregolare, cioè quell'ammontare che sarebbe maturato se, in presenza di versamenti puntuali, questi sarebbero stati adeguatamente valorizzati sul piano degli investimenti.

²⁵ Sul punto v. Circ. INPS 22 febbraio 2008, n. 23

²⁶ Sul punto v. Circ. INPS 7 marzo 2007, n. 53.

²⁷ A. SGROI, *La tutela dei lavoratori per omesso versamento dei contributi da parte del datore di lavoro nella previdenza complementare: diritto positivo e prospettive di riforma*, in *Giur. It.*, 2, 2003, ed. online

Un tale sistema, purtroppo, vanifica gli obiettivi fissati dall'art. 8 della direttiva 80/987/CEE volti a tutelare il lavoratore tramite il riconoscimento di un rimedio che ristori *in toto* il danno derivante dal comportamento irregolare del datore.

3. Aspetti concorsuali del danno da mancato versamento

L'art. 8 del d.lgs. 252 del 2005 stabilisce che costituiscono fonte di finanziamento del fondo di previdenza complementare i contributi a carico del lavoratore, quelli a carico del datore di lavoro e il TFR. Onerato del versamento (inteso quale atto di trasferimento del denaro) al fondo è il datore di lavoro.

Può capitare – per la più varie ragioni – che il datore di lavoro ometta il versamento dei contributi al fondo. Laddove ciò avvenga, è evidente che il lavoratore beneficiario di quel versamento subirà un danno di entità proporzionale al mancato versamento (cfr. art. 11, co. 3, d.lgs. 252 del 2005).

Ebbene, se il sistema in parola fosse accompagnato dal meccanismo dell'automaticità delle prestazioni, il problema sarebbe relativo, poiché, assolto l'onere di salvaguardare il credito dalla prescrizione, la lacuna contributiva sarebbe coperta con una sorta di sostituzione tra lavoratore e Fondo; tuttavia, il predetto principio, in questo caso, non opera²⁸.

Ne consegue una domanda spontanea: quali sono le conseguenze di questa omissione?

Riprendendo quanto detto nel paragrafo precedente, bisogna ricordare che la previdenza complementare si basa su un sistema a capitalizzazione e che questo sistema risulta tanto più proficuo, quanto più è ricco (nel senso che trova l'adesione di molti finanziatori). Tanto maggiore è il capitale gestito dal Fondo, tanto maggiore sarà il ricavo dell'investimento; pertanto, dall'omesso versamento dei contributi discende un (potenziale) minor ricavo dall'investimento²⁹.

²⁸ Cfr. D. CASALE, *L'automaticità delle prestazioni previdenziali, Tutele responsabilità e limiti*, BUP, Bologna, 2017, p. 141

²⁹ Es. fatto 100 il contributo dovuto e 50 quello versato e (per semplicità di esem-

La questione del danno derivante dall'omissione contributiva del datore di lavoro si pone essenzialmente su due possibili eventi dannosi: a) il mancato conseguimento della prestazione (omissione totale); b) il mancato conseguimento dell'esatta prestazione (omissione parziale).

Oltre a questi casi, vi sono altri due pregiudizi potenzialmente conseguenti all'omissione: c) il danno da minor importo gestito (danno della gestione del fondo); d) la diminuzione del patrimonio del lavoratore sul quale intendono soddisfarsi i terzi creditori del lavoratore (danno dei terzi creditori del lavoratore).

Tutte le situazioni sopra descritte possono verificarsi in due diverse situazioni: a) quando il datore di lavoro è *in bonis* ma non ha effettuato i versamenti dovuti; b) quando il datore di lavoro è incapiente, con il rischio che il credito previdenziale venga perso irrimediabilmente.

Nel caso in cui il datore di lavoro sia rimasto insolvente verso il fondo di previdenza complementare ma contro di lui possano essere proficuamente esperite azioni di tutela del credito, il lavoratore dovrà attivarsi affinché il datore versi al fondo di previdenza complementare ciò che non ha ancora provveduto a versare. Questa situazione, dettagliata nel precedente paragrafo, è relativamente complicata, poiché, in sostanza, si risolve in "semplice" recupero del credito.

Diversamente, come detto in precedenza, quando il datore di lavoro si trova in una situazione d'insolvenza e incapacienza patrimoniale tale da non poter garantire il pagamento dei contributi oggetto di omissione, il lavoratore potrà – nell'ambito di un procedimento di crisi d'impresa – proporre istanza al Fondo di garanzia per la previdenza complementare di cui all'art. 5, d.lgs. 27.01.1992, n. 80, affinché questo – sostituendosi al datore di lavoro insolvente – versi al fondo di previdenza complementare i contributi oggetto di omissione, oltre al rendimento del TFR³⁰.

pio) 100% il rendimento sul capitale fosse, dato il versamento del solo 50% dei contributi dovuti (50 in luogo di 100) il rendimento sarebbe pari a 50 e non a 100, con un danno da lucro cessante (mancato maggior rendimento) pari a 50.

Per riferimenti dottrinari sul punto cfr. nota 18

³⁰ Cfr. Messaggio INPS 22 febbraio 2008, n. 23, «Al fine di assicurare pienamente la posizione previdenziale complementare dei lavoratori, il Fondo provvederà a rivalutare i contributi versati utilizzando, per ciascun anno, l'indice di rendimento del TFR».

Quindi, il danno conseguenza dell'omissione è così composto: capitale omesso, oltre rivalutazione, oltre rendimento del fondo di previdenza complementare³¹.

Il legittimato attivo – per la cui analitica individuazione si rinvia al paragrafo successivo – dovrà poter chiedere la condanna del datore al pagamento del contributo omesso (danno emergente), oltre interessi e rivalutazione (ma la questione è controversa) e il differenziale sul rendimento (che avrebbe maturato se al tempo fosse stato eseguito il pagamento).

Si deve però sempre ricordare che il finanziamento del fondo di previdenza complementare si basa sull'obbligo di pagamento diretto del datore di lavoro per la propria quota e indiretto, tramite il datore di lavoro, del lavoratore per le proprie quote (personale e TFR).

Pertanto, il lavoratore potrà agire per quanto egli deve (tramite il datore di lavoro) al fondo, mentre il fondo sarà legittimato per la quota dovuta dal datore; infatti, il rapporto contributivo è duplice, quello mediato lavoratore-fondo e quello immediato datore-fondo.

A fronte di ciò il lavoratore potrà agire per il versamento dei contributi a favore del fondo di previdenza complementare, per la propria quota; ciò, sia che si tratti di tutela esecutiva ordinaria, sia che si tratti di tutela in sede concorsuale.

La sede concorsuale non è priva di problemi: con l'insinuazione al passivo per la quota propria, il lavoratore cristallizza un credito, che dev'essere richiesto entro i termini di proposizione della domanda di ammissione al passivo (art. 101, l. fall.).

Il credito che viene chiesto avanti al fallimento è quello – ovviamente – per il quale si è legittimati e su questo vige una competenza esclusiva del tribunale che ha dichiarato il fallimento, il quale è compe-

La tutela risulta applicabile anche quando non si possa avviare la procedura concorsuale, cfr. paragrafo 2.

³¹ Per rendere l'idea del danno subito, si immagini che il fondo (es. Fondo Cometa) investa in mercato di "alto rischio" - secondo le scelte del lavoratore - in cui i rendimenti, come quello azionario *hi-tech*. Immaginiamo che l'insolvenza sia concomitante con la pandemia e che per due anni (2020-2021) non vi siano stati versamenti. Ricorrendo al Fondo di garanzia il lavoratore avrebbe la sola "copertura" dell'omissione e dell'indice di rivalutazione TFR, che non è paragonabile al rendimento del mercato azionario *hi-tech* in quello che, probabilmente, è stato il suo miglior periodo.

tente a conoscere di tutte le azioni che ne derivano, qualunque ne sia il valore (cfr. art. 52, l. fall.).

Con questa istanza il lavoratore dovrebbe richiedere al passivo tanto il capitale non versato dal datore di lavoro (danno emergente), tanto il rendimento che avrebbe ottenuto sull'impiego delle risorse laddove fossero state effettivamente versate e quindi investite (lucro cessante).

Evidentemente con l'apertura del fallimento, la proposizione di questa domanda determina l'impossibilità di proporre domanda, per l'accertamento e la condanna al danno, in sede ordinaria, in ragione della cd. *vis attractiva* del fallimento³². Ciò impone di procedere, nell'ottica dell'economia processuale e dei vincoli di preclusione, sia per quanto è stato omesso, sia per quanto il lavoratore avrebbe potuto maturare grazie alla gestione dei capitali e non ha maturato in ragione dell'omissione contributiva.

In questo modo vengono chiesti al passivo un credito inadempito e certo (quanto omesso e dovuto in quota contributi e TFR) e un credito che dovrebbe essere previamente accertato (il lucro cessante dato dal rendimento perso). Ebbene, si consideri che la richiesta non è infondata in quanto il lavoratore subirebbe un danno laddove non proponesse la domanda anche per l'incerto danno pari al rendimento perso³³.

Durante il fallimento il *quantum* del rendimento perso potrà (si legga dovrà) essere accertato mediante CTU.

In caso d'istanza d'insinuazione al passivo per la sola parte contributiva (senza richiesta del rendimento), stante l'effetto preclusivo dell'istanza e l'esclusività della competenza fallimentare, il lavoratore non potrebbe più chiedere la condanna per il danno da mancato rendimento in tutela dichiarativa.

A ben vedere è possibile accertare il credito ricorrendo ai criteri di calcolo stabiliti dallo statuto o dai regolamenti del fondo di previdenza

³² Cfr. le chiare riflessioni di D. GAROFALO, *Procedure concorsuali e controversie di lavoro*, in D. GAROFALO, M. MARAZZA, *Insolvenza del datore di lavoro e tutele del lavoratore*, Giappichelli, Torino, 2015, pp. 111 ss.

³³ Peraltro, questo esito sarebbe peggiore rispetto a quello che si verrebbe a verificare laddove si verificasse l'incapienza del fallimento, poiché il lavoratore perderebbe sia il rendimento che la rivalutazione – almeno della quota TFR – che invece è corrisposta dall'INPS.

complementare. Evidentemente a tali calcoli dev'essere data concretezza mediante una CTU, che sulla base delle regole d'investimento fissate dal fondo, elaborerà il delta pari al maggior profitto tra mera rivalutazione TFR e contribuzione versata e gestita dal fondo (detto altrimenti, la differenza tra quanto il lavoratore avrebbe ottenuto in caso di regolare versamento e la somma che gli viene garantita dal Fondo INPS)³⁴.

Tanto chiarito, distinti gli elementi del credito in danno emergente per i contributi omessi e lucro cessante per il rendimento perso, ricordando quanto detto sulla legittimazione attiva, si deve distinguere i *petita* delle due componenti del danno:

- omissione contributiva: il lavoratore potrà insinuarsi al passivo solo per la quota di contribuzione a lui imputabile, cioè la quota lavoratore e la quota TFR. Ciò significa che il lavoratore non può agire per ottenere il contributo a carico del datore di lavoro, la cui tutela compete al fondo di previdenza complementare;
- rendimento perso: il lavoratore potrà agire per vedersi riconosciuto quanto ha perso in conseguenza dell'omissione, senza distinzione rispetto alle quote. Ciò può avvenire in quanto il lucro cessante non distingue tra quote; se il versamento fosse avvenuto correttamente, il fondo avrebbe investito una certa somma, che avrebbe determinato un certo rendimento.

Il rendimento non è un contributo ma un ricavo dall'attività d'investimento dei contributi che incrementa l'utilità del lavoratore. Ciò significa che il rendimento è calcolabile mediante un'operazione matematica sulla base della contribuzione virtuale (versata o meno che sia) e può essere richiesto per l'intero dal lavoratore che solo ha legittimazione a richiederlo, a titolo di danno (lucro cessante).

Si ritiene che questo danno – che richiederà un giudizio di cognizione piena – possa essere richiesto dal lavoratore, al quale spetta la legittimazione attiva per il danno conseguente all'omissione contributiva, che è altro rispetto al danno da omesso versamento³⁵.

³⁴ Cfr. Cass., S.U., 9 marzo 2015, n. 4684, di cui si darà conto anche nel paragrafo successivo.

³⁵ Cfr. V. PASCAZIO, *Fallimento del datore di lavoro e omessa contribuzione al fondo complementare*, in *Lav. giur.*, 2017, 11, p. 954

4. *La legittimazione ad agire per il versamento dei contributi omessi al fondo di previdenza complementare al vaglio della giurisprudenza di merito*

Come noto, la disciplina sulla previdenza complementare, oggetto di ampie riforme (d.lgs. 124 del 1993, in attuazione della delega prevista dalla l. 421 del 1992 e dal d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, sulla base della legge delega 243 del 2004) è sorretta dall'obiettivo di integrare in via complementare i trattamenti pensionistici erogati dal sistema obbligatorio pubblico, al fine di «assicurare più elevati livelli di copertura previdenziale»³⁶. Sebbene, sia ravvisato un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e complementare, che colloca quest'ultima «nel sistema dell'art. 38 Cost. secondo comma, della Costituzione»³⁷, è sostanziale la differenza tra i due sistemi: al carattere della libertà e volontarietà che connota la previdenza complementare³⁸, si contrappone quello generale, necessario e non eludibile della previdenza obbligatoria³⁹, informata dal principio di automaticità delle prestazioni *ex* 2116

³⁶ Art. 1, comma 1 d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, *Disciplina delle forme pensionistiche complementari*. Al riguardo, A. TURSI, *La previdenza complementare nel sistema italiano di sicurezza sociale*, cit., p. 433; ID., *La natura giuridica e la disciplina legale dell'obbligazione contributiva nelle forme pensionistiche complementari*, in *Riv. prev. pub. priv.*, 2002, 489 ss.; ID., *La terza riforma della previdenza complementare in itinere spunti di riflessione*, *ivi*, 2005, 513 ss.; ID., *Il T.F.R. nei Fondi pensione? Per la Cassazione è l'inverso*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2006, 2, pp. 710 ss.; ID., *La nuova disciplina della previdenza complementare*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2007, pp. 537 ss.; A. BETTI, *Prime riflessioni sulla riforma della previdenza complementare*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, 3, pp. 793 ss.; F. VALLACQUA, *Previdenza complementare e flessibilità nel mercato del lavoro*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2006, 3, pp. 779 ss.; M. GAMBACCIANI, *La giurisprudenza sulla natura e funzione del trattamento di fine rapporto*, cit., pp. 763 ss.; R. VIANELLO, *La previdenza complementare*, in AA.VV., *Diritto della sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 251 ss.

³⁷ C. cost. 28 luglio 2000, n. 393, in adesione alla cd. teoria della funzionalizzazione della previdenza complementare, già affermata da C. cost. 8 settembre 1995, n. 421, sulla base della natura, oltre che della funzione, prettamente previdenziale dei fondi pensione.

³⁸ Così prevede l'art. 1 comma 2 del citato d.lgs. n. 252 del 2005 «L'adesione alle forme pensionistiche complementari disciplinate dal presente decreto è libera e volontaria».

³⁹ Cass. 15 febbraio 2019, n. 4626.

c.c., secondo cui il lavoratore ha diritto all'erogazione delle prestazioni previdenziali e assistenziali anche in caso di mancato versamento dei contributi da parte del datore di lavoro⁴⁰.

Orbene, a fronte dell'inapplicabilità di tale principio alla previdenza integrativa (come è già stato ribadito nel paragrafo precedente), si pone il problema di quali tutele possano prevedersi in caso di omesso versamento dei contributi destinati ad un fondo di previdenza integrativa (domanda posta anche nel § 3)⁴¹.

Invero, a fronte della mancanza di una disposizione di legge regolante tale ipotesi, salvo i casi in cui l'omissione subita dal lavoratore riesca a trovare una soluzione per via stragiudiziale, sono frequenti i casi in cui il lavoratore è costretto ad adire l'Autorità giudiziaria per ottenere il pagamento dei contributi omessi.

Secondo quanto stabiliva la L. 23 agosto 2004, n. 243, recante "Norme in materia pensionistica e deleghe al Governo nel settore della previdenza pubblica, per il sostegno alla previdenza complementare e all'occupazione stabile e per il riordino degli enti di previdenza ed assistenza obbligatoria", il Governo, ai sensi dell'art. 1 comma 2, era delegato ad emanare decreti legislativi, attenendosi a principi e criteri direttivi, tra cui: «e) adottare misure finalizzate ad incrementare l'entità

⁴⁰ G. CANAVESI, *Contribuzione prescritta e automaticità delle prestazioni nell'ordinamento italiano e nella dimensione comunitaria*, in *Riv. giur. lav.*, 1992, I, pp. 465 ss.; M. CINELLI e S. GIUBBONI, *Lineamenti di diritto della previdenza sociale*, Cedam, Padova, 2018, 53 ss.; G. CANAVESI, *La struttura del sistema di previdenza sociale*, in AA.VV., *Diritto della sicurezza sociale*, Giuffrè, Milano, 2021, pp. 105 ss.

⁴¹ Sul tema v. E. LAMANDA, G. NISPI LANDI (a cura di), *La problematica delle omissioni contributive*, cit., pp. 7 ss.; A. SGROI, *La tutela dei lavoratori per omesso versamento dei contributi*, cit.; M. FAIOLI, *Sull'inadempimento dell'obbligazione contributiva nella previdenza complementare. Tutele degli aderenti e applicazione della disciplina comunitaria*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2007, 3, pp. 611 ss.; F. MONTALDI, *La concezione unitaria del sistema di vigilanza*, in A. TURSI, *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., pp. 827 ss.; V. FERRANTE, *La previdenza complementare al tempo della crisi finanziaria: vicende dei fondi e tutela delle posizioni individuali*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2009, I, pp. 531 ss.; R. VIANELLO, *Garanzia e tutela dei diritti*, cit., pp. 649 ss.; M. ALTIMARI, *Orientamenti giurisprudenziali*, cit., pp. 195 ss.; F. COLLIA, F. ROTONDI, *Legittimazione attiva a richiedere il pagamento nel regime della previdenza complementare*, in *Lav. giur.*, 2013, 2, pp. 206 ss.; V. PASCAZIO, *Fallimento del datore di lavoro*, cit., pp. 953 ss.

dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari, collettive e individuali, con contestuale incentivazione di nuova occupazione con carattere di stabilità prevedendo a tale fine: 8) l'attribuzione ai fondi pensione della contitolarità con i propri iscritti del diritto alla contribuzione, compreso il trattamento di fine rapporto cui è tenuto il datore di lavoro, e la legittimazione dei fondi stessi, rafforzando le modalità di riscossione anche coattiva, a rappresentare i propri iscritti nelle controversie aventi ad oggetto i contributi omessi nonché l'eventuale danno derivante dal mancato conseguimento dei relativi rendimenti».

Tuttavia, come noto, tale previsione non è stata recepita nel d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252, che all'art. 6 comma 9 sancisce solamente la titolarità dei fondi pensione dei valori e delle disponibilità conferiti in gestione, senza nulla disporre in ordine alla titolarità e alla legittimazione ad agire per l'omissione contributiva.

A fronte del lacunoso quadro normativo appena accennato, la giurisprudenza chiamata a pronunciarsi sulla legittimazione del lavoratore a richiedere la condanna al pagamento dei contributi omessi è approdata a soluzioni differenti e contrastanti tra loro.

In merito a ciò, si possono delineare tre principali orientamenti: un primo, volto ad avallare la legittimazione *iure proprio* del lavoratore per la tutela della sua posizione contributiva, un secondo, volto ad escluderla e il terzo, volto a ritenerla sussistente in aggiunta a quella del fondo di previdenza complementare.

Per accertare la titolarità del diritto al versamento contributivo e la sua corrispettiva azionabilità in giudizio, occorre in via preliminare indagare la natura giuridica del rapporto trilaterale che intercorre tra il Fondo, il datore di lavoro e il lavoratore.

È opportuno altresì premettere che la disciplina delle forme pensionistiche complementari dispone un sistema di finanziamento che può essere basato sul versamento di contributi a carico del lavoratore, del datore di lavoro o del committente e attraverso il conferimento del TFR maturando⁴² (§ 1), che rappresenta il principale oggetto sottoposto al vaglio della giurisprudenza di merito di seguito esaminata⁴³.

⁴² Art. 8, comma 1, d.lgs. 252 del 2005.

⁴³ È, inoltre, discusso se tale distinzione rilevi ai fini dell'individuazione della le-

Secondo un primo orientamento⁴⁴ la legittimazione attiva a richiedere il pagamento dei contributi omessi non può porsi in capo al lavoratore, ma solo in capo al fondo di previdenza integrativa. Invero, secondo tale giurisprudenza «una volta che il lavoratore abbia consentito alla devoluzione di parte della propria retribuzione, compresa la quota destinata al TFR, ad un soggetto terzo, è tale soggetto che deve essere individuato quale titolare del credito nei confronti del datore di lavoro». Tale ricostruzione a parere del Giudicante troverebbe conferma nell'inattuazione della contitolarità tra lavoratore e fondo di previdenza prevista nella citata legge delega, in quanto «la circostanza che il legislatore delegato abbia ritenuto di non attuare tale punto della delega, nulla disponendo specificamente nel decreto attuativo ed anzi individuando i fondi come soggetti autonomi e gestori in proprio delle risorse ad essi conferiti, induce a ritenere che la legittimazione a far valere il credito per contributi sia esclusiva del Fondo»⁴⁵.

I limiti a tale teoria si manifestano però nei casi in cui il Fondo, seppur titolare del credito contributivo, rimanga inerte senza quindi adoperarsi per la riscossione dei contributi omessi, così determinando un pregiudizio per il lavoratore. Per colmare tale vuoto di tutela la giurisprudenza ha allora sancito la possibilità per il lavoratore di esperire sia un'azione di condanna in favore di terzo, sia un'azione surrogatoria *ex* 2900 c.c., mediante la quale il lavoratore surrogandosi al fondo potrà esercitare i diritti e le azioni ad esso spettanti.

Tale ultimo strumento di tutela della posizione assicurativa deriverebbe dall'adesione al fondo effettuata dal lavoratore, che scegliendo di devolvere le sue quote di retribuzione o di TFR al Fondo, lo rende suo debitore per la restituzione delle stesse nella forma di trattamento pensionistico integrativo. L'azione surrogatoria, come la condanna in favore di terzo, comportano la necessaria partecipazione in giudizio del Fondo, attuando il litisconsorzio necessario tra i tre soggetti.

gittimità ad agire. V. FERRANTE, *La previdenza complementare al tempo della crisi*, cit., p. 543, nota 21, secondo cui non è rilevante la distinzione per l'individuazione del soggetto legittimato ad agire, in quanto entrambe le ipotesi sottendo una volontà negoziale del singolo, in senso opposto M. FAIOLI, *Sull'inadempimento dell'obbligazione contributiva*, cit., p. 632.

⁴⁴ T. Novara 2 luglio 2019, n. 157; T. Novara 4 novembre 2021, n. 254.

⁴⁵ T. Novara 2 luglio 2019, n. 157.

Diversamente, appare più critica la tesi che nonostante riconduca la titolarità in via esclusiva al fondo consente al prestatore di lavoro di agire per la condanna a favore dello stesso, in quanto dalla giurisprudenza non si evince sulla base di quale titolo il lavoratore sarebbe legittimato ad agire. Una ipotesi potrebbe essere quella dell'istituto della cessione del credito solutoria posta in essere dal lavoratore in qualità di cedente, che per estinguere un debito verso il cessionario – il fondo – cede a quest'ultimo il suo credito verso il datore di lavoro (ceduto), rimanendo tuttavia legittimato ad agire solo in caso di inadempimento di quest'ultimo. In tale ipotesi, la cessione presumendosi *pro solvendo* non libera il cedente dai rischi di insolvenza del debitore ceduto e quindi il primo, invece che adempiere verso il fondo per poi rivalersi sul datore di lavoro, potrà agire direttamente in giudizio per la condanna di quest'ultimo a favore del terzo. Tale figura della cessione del credito finalizzata al finanziamento dell'obbligazione assunta dal lavoratore attraverso l'adesione al fondo è sostenuta anche dalla dottrina sotto il profilo che «il soggetto destinatario dei contributi non si limita al semplice ruolo di ricevere l'adempimento in attesa di trasmetterlo al creditore, ma fa proprie le somme ricevute confondendole nel proprio patrimonio»⁴⁶.

Un secondo orientamento, di segno opposto, protende invece per la legittimazione in capo al lavoratore⁴⁷. Tale tesi, accolta dalla giurisprudenza maggioritaria e sostenuta anche in dottrina⁴⁸, sottende al rapporto trilaterale una delegazione di pagamento (art. 1269 c.c.), secondo la quale il delegante (il lavoratore), a seguito del contratto di adesione con il fondo pensione (delegatario), si obbliga verso quest'ultimo al conferimento dei contributi previdenziali, che tuttavia eseguirà il datore di lavoro (delegato) mediante la trattenuta sulla retribuzione e il corrispettivo versamento dei contributi al Fondo. Secondo tale

⁴⁶ V. FERRANTE, *La previdenza complementare al tempo della crisi*, cit., pp. 542-543.

⁴⁷ T. Roma 2 dicembre 2016, n. 10489; T. Cagliari 25 marzo 2021, n. 343; T. Milano 5 settembre 2018, n. 1925; T. Salerno 5 dicembre 2019, n. 2808; T. Varese 11 maggio 2021, n. 51; T. Salerno 12 febbraio 2020, n. 330; T. Asti 23 aprile 2021, n. 81; T. Salerno 6 novembre 2019, n. 2415; C. A. Reggio Calabria 19 febbraio 2021, n. 83 e C. A. Reggio Calabria 18 febbraio 2021, n. 78.

⁴⁸ Cfr. A. TURSI, in *qs* volume.

schema quindi «Il prestatore di lavoro, opera una vera e propria delegazione al datore di lavoro avente per oggetto il pagamento (*rectius* versamento) dei contributi ai fini del TFR nei confronti del fondo di previdenza complementare prescelto e con la finalità di soddisfare i propri bisogni ed interessi presenti e futuri (con funzione migliorativa del tasso di sostituzione); Il datore di lavoro, assume un vero e proprio obbligo di trattenere i contributi dovuti a titolo di TFR e, successivamente, versarli al fondo di previdenza complementare in osservanza alle clausole contrattuali pattuite (vedasi Statuto/Regolamento/Nota Informativa del fondo prescelto); Il fondo di previdenza complementare, in forza dell'adesione operata dal prestatore di lavoro, quale depositario delle somme, accumula –per conto dell'aderente– i contributi versati dal datore di lavoro ed assume l'obbligo di custodirli, gestirli, accantonarli ed incrementarli (sub specie rendimenti di gestione) nei modi e termini concordati»⁴⁹.

Orbene, se tale ricostruzione descrive compiutamente il rapporto triangolare sussistente, rimangono però indefiniti i sottostanti rapporti di provvista e di valuta intercorrenti tra le parti. In altre parole, il titolo in forza del quale il lavoratore potrà agire per richiedere il versamento dei contributi omessi è ricondotto dalla giurisprudenza sia all'inadempimento contrattuale *ex art.* 1218 c.c. del rapporto di provvista, sia al diritto soggettivo del prestatore alla tutela della sua posizione previdenziale.

Ad ogni buon conto, la legittimazione del lavoratore si fonda – secondo tale giurisprudenza – sul presupposto che l'omesso versamento dei contributi, in ragione del principio di corrispettività tra contribuzione e prestazione previdenziale proprio del sistema di previdenza complementare, leda la posizione contributiva del lavoratore, che godrà di una prestazione più ridotta, sia per il minor montante accantonato, sia per il pregiudizio derivante dalla diminuzione dei rendimenti previdenziali (per un'approfondita disamina del danno derivante dall'omesso versamento contributivo v. § 2-3).

Pertanto, secondo tale giurisprudenza emerge «la sussistenza della legittimazione esclusiva in capo al prestatore di lavoro – *ex lege* (d.lgs. 252 del 2005) – ad agire per la tutela del diritto soggettivo all'integrità

⁴⁹ T. Salerno 5 dicembre 2019, n. 2808.

della posizione assicurativa previdenziale ed alla regolarità dell'accantonamento delle quote di tfr onde soddisfare il proprio interesse all'ottenimento di un più elevato tasso di sostituzione retribuzione/emolumenti previdenziali per il periodo in cui sarà cessato dal servizio»⁵⁰. La ricostruzione delineata è avallata dal rapporto intercorrente tra lavoratore e datore di lavoro, per il quale l'inadempimento contrattuale di quest'ultimo legittima il lavoratore ad agire *iure proprio* per la condanna all'adempimento.

Tuttavia, la pronuncia in esame sottolinea che la domanda del lavoratore può solo comportare una condanna del datore di lavoro all'adempimento, ossia al versamento dei contributi omessi a favore del fondo da attuarsi con il litisconsorzio necessario, in quanto è necessaria «la presenza dei Fondi di Previdenza Complementare nel giudizio instaurato dal lavoratore contro il proprio datore stante che, trattandosi di rapporto triangolare, la condanna al versamento delle quote di TFR (trattenute in busta paga e non versate) emessa a carico del resistente – in virtù dell'adesione – dispiega effetti immediati e diretti in favore del fondo di previdenza ed effetti solo mediati ed indiretti in favore del ricorrente (il quale, tuttavia, rimane l'unico soggetto titolare della legittimazione ad agire!)»⁵¹.

La legittimazione esclusiva del lavoratore è stata sostenuta anche attraverso altri strumenti di tutela, quali per esempio l'indicazione di pagamento *ex art. 1188 c.c.*, secondo cui l'autorizzazione fatta dal lavoratore al datore di lavoro di trasferire il TFR alla forma pensionistica prescelta, conferisce a quest'ultima «il potere di ricevere il pagamento con effetto liberatorio per l'adempiente (il fondo è *l'adiectus solutionis causa*)», nonché di estinguere «il rapporto debitore creditore tra datore di lavoro e prestatore di lavoro con riferimento alle quote di TFR trasferite alla forma prescelta»⁵².

Infine, un ultimo orientamento giurisprudenziale⁵³ considera legittimati ad agire per la regolarizzazione della posizione contributiva sia il

⁵⁰ *Ibidem*.

⁵¹ *Ibidem*.

⁵² M. FAIOLI, *Sull'inadempimento dell'obbligazione contributiva*, cit., p. 632.

⁵³ T. Napoli 8 giugno 2021, n. 3787; T. Taranto 1 ottobre 2015, n. 3678; T. Napoli 4 luglio 2017, n. 5294.

Fondo, che il lavoratore, applicando la contitolarità, prevista dalla legge delega. Tale convincimento si fonda proprio dalla lettura combinata delle norme contenute nella legge delega e nel decreto legislativo, da cui si ricava che «mentre la titolarità dei valori conferiti è attribuita, dopo il conferimento, in via esclusiva al fondo pensione del quale costituiscono patrimonio separato e autonomo, per altro verso il fondo di previdenza complementare non è, dal legislatore, considerato titolare esclusivo del diritto al conferimento di tali valori, parlandosi espressamente di “contitolarità con i propri iscritti del diritto alla contribuzione, compreso il trattamento di fine rapporto”. Come si evince da quanto sopra, le somme non versate possono essere richieste anche dal lavoratore in quanto, del pari, contitolare del relativo credito»⁵⁴.

Secondo i giudici di merito, tale interpretazione si pone inoltre in linea con la pronuncia delle Sezioni Unite del 9 marzo 2015, n. 4684, che oltre a ribadire la natura previdenziale e non retributiva dei versamenti effettuati dal datore di lavoro, ha precisato che il sistema di capitalizzazione proprio della previdenza complementare, basato sull'accumulo dei contributi nel conto individuale del lavoratore, comporta la «commisurazione della futura prestazione pensionistica all'entità della contribuzione versata da ciascun lavoratore integrata dai frutti maturati per effetto degli investimenti del capitale operati dal fondo». Ciò svela il sotteso interesse del lavoratore al versamento dei contributi, che in caso di omissione verrebbe pregiudicato. Invero, «sebbene i versamenti del datore di lavoro non siano preordinati ad un vantaggio di carattere immediato nei confronti del lavoratore, essi devono comunque essere considerati da esso attivabili sul piano processuale in quanto un loro mancato o tardivo versamento può comportare una lesione nei confronti di quest'ultimo minando le aspettative dei rendimenti previdenziali potenzialmente ottenibili attraverso versamenti puntuali e correttamente scadenzati»⁵⁵. Da ciò discende la legittimazione del lavoratore in aggiunta a quella del Fondo, che è titolare del credito per il versamento dei contributi a carico del datore di lavoro, nonché unico legittimato a ricevere tali versamenti, in quanto onerato poi all'erogazione della prestazione pensionistica.

⁵⁴ T. Napoli 4 luglio 2017, n. 5294.

⁵⁵ *Ibidem*.

Ne deriva – secondo questa giurisprudenza – che la posizione del lavoratore direttamente azionabile in giudizio non nasce dalla titolarità del diritto al versamento dei contributi, ma dall'interesse sotteso a tale versamento, in quanto strumentale al perfezionamento del diritto all'erogazione della prestazione integrativa. Da qui è evidente la connessione tra interesse del lavoratore e diritto di credito del fondo – alla base della contitolarità dai giudici condivisa –, che si esplica «sia geneticamente, perché nasce dal medesimo fatto che a quello dà origine (adesione del lavoratore alla forma pensionistica complementare), sia funzionalmente, perché l'adempimento del debito contributivo realizza anche la soddisfazione dell'interesse al conferimento, rispetto al quale può ritenersi sussistere un vero e proprio diritto del lavoratore alla regolarizzazione contributiva»⁵⁶. Pertanto, l'interesse del lavoratore al versamento dei contributi, dalla legge protetto come diritto soggettivo alla posizione assicurativa previdenziale, lo legittima a richiedere la condanna del datore di lavoro al versamento dei contributi al Fondo.

Orbene, delineato il complesso quadro giurisprudenziale, si comprende come manchino allo stato attuale approdi certi in tema di legittimazione ad agire, sia per il dibattito giurisprudenziale ancora allo stadio embrionale, sia per la difficile applicazione degli istituti civilistici nella materia previdenziale, se si accoglie la funzione solidaristica della previdenza contrattuale.

È quindi del tutto condivisibile quanto statuito di recente dalla Corte costituzionale nella pronuncia n. 154 del 2021⁵⁷, secondo cui «la materia, assai rilevante sul piano delle attese sinergie fra mutualità volontaria e regime pensionistico pubblico, dovrebbe essere oggetto di una più attenta sistemazione da parte del legislatore, chiamato a risolvere le aporie che pur emergono dalle questioni oggi scrutinate».

⁵⁶ *Ibidem*.

⁵⁷ Per un commento v. P. SANDULLI, *Legittimazione ad agire del fondo pensione fra interpretazione adeguatrice e inerzia legislativa*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2021, 4, pp. 747 ss.

5. Il soggetto legittimato ad agire per l'ammissione allo stato passivo del fallimento

La determinazione del soggetto legittimato ad agire nel caso in cui il datore di lavoro abbia omissso il versamento dei contributi al fondo di previdenza complementare ha sollevato diverse criticità anche in sede di ammissione al passivo fallimentare del datore di lavoro insolvente.

Come evidenziato nel precedente paragrafo, per definire il titolare del diritto ad agire, andrebbe attribuito carattere determinante al negozio con il quale è pattuito il finanziamento della posizione previdenziale del lavoratore presso il fondo di previdenza complementare. In particolare, si dovrebbe distinguere tra il caso in cui il finanziamento è previsto per mezzo di una delegazione di pagamento e quello in cui le parti abbiano, invece, pattuito una cessione di credito.

In sede di ammissione allo stato passivo, peraltro, ad incidere sulla soluzione della problematica sono anche le peculiarità della procedura fallimentare, soprattutto in relazione agli strumenti processuali ammessi, nonché gli effetti della dichiarazione di fallimento sui rapporti negoziali. Per quanto concerne tale ultimo profilo, il riferimento è, nello specifico, al contratto di delegazione di pagamento. Si è in effetti ritenuto che la dichiarazione di fallimento del datore di lavoro implichi lo scioglimento del rapporto di delegazione, in quanto riconducibile nell'ambito dell'art. 78, comma 2, della legge fallimentare⁵⁸, con la conseguenza che, venendo meno il presupposto giuridico della relazione trilaterale – appunto il rapporto di delegazione –, sarebbe solo il lavoratore ad avere diritto di insinuarsi allo stato passivo per richiedere il pagamento dei contributi omissi⁵⁹.

I contributi per i quali il lavoratore può intervenire sono, però, soltanto la quota di TFR e il contributo a suo carico, poiché costituiscono un diritto di credito del lavoratore di natura retributiva, la cui causa deve ricondursi al rapporto lavorativo⁶⁰. Il contributo a carico del da-

⁵⁸ Secondo la disposizione «il contratto di mandato si scioglie per il fallimento del mandatario».

⁵⁹ In questo senso, T. Bari 16 aprile 2018.

⁶⁰ La natura retributiva, secondo la sentenza del Tribunale di Perugia del 14 giu-

tore di lavoro, invece, rappresenta un obbligo nei confronti del fondo di previdenza complementare che non ha origine diretta nel rapporto lavorativo e non è connotato dalla corrispettività propria del credito retributivo.

La legittimazione attiva a richiedere in proprio favore le quote di TFR e i contributi trattenuti dalla retribuzione implica, in caso di utile riparto, che il lavoratore possa apprendere in via definitiva al proprio patrimonio la somma corrispondente. Fermo restando, per quanto concerne le quote di TFR, che si tratta di somme esigibili soltanto alla cessazione del rapporto⁶¹.

A fronte della possibilità, per il lavoratore, di ottenere dal fallimento la liquidazione delle quote di TFR, che tornano, quindi, ad assumere natura retributiva, ci si potrebbe chiedere se sia possibile il ricorso

gno 2018, dovrebbe “rinascere” per effetto dello scioglimento del rapporto di delegazione. Nel senso della sussistenza di un diritto di credito per le quote di TFR non versate, a prescindere dallo scioglimento della delegazione, cfr. invece T. Milano 13 gennaio 2014, n. 354, secondo cui «i pagamenti che il datore di lavoro esegue in esecuzione della delegazione di pagamento sono a titolo di contributi previdenziali perché attingono all’adempimento dell’obbligazione previdenziale ma, se tale obbligazione non è adempiuta, il creditore del lavoratore nei confronti del datore di lavoro, sia per la parte relativa al TFR sia per quella inerente la retribuzione, non si estingue e pertanto il lavoratore rimane titolare del suo credito come sorto, a titolo di normale retribuzione o di retribuzione differita, nell’ambito del rapporto di lavoro per effetto dell’esecuzione della prestazione lavorativa». Cfr. anche T. Milano 6 aprile 2020, n. 540, secondo cui «ai sensi dell’art. 1270 1 comma c.c., il delegante può revocare la delegazione sino a quando il delegato non abbia assunto l’obbligazione in confronto del delegatario, o non abbia eseguito il pagamento»; pertanto, ove non risulti espressamente assunta un’obbligazione da parte del datore di lavoro rispetto al Fondo, né consti che il pagamento sia avvenuto, la richiesta giudiziale di pagamento del controvalore non versato, da parte del lavoratore, deve essere valutata alla stregua di una implicita revoca della delegazione di pagamento. In tal caso, secondo la sentenza, in assenza di posizioni creditorie dirette del Fondo nei confronti del datore di lavoro, constando la permanenza dell’obbligo dello stesso al pagamento, in favore del lavoratore, delle voci di retribuzione differita non pagate, maturate nell’ambito del rapporto di lavoro per effetto dell’esecuzione della prestazione lavorativa, può accogliersi la domanda di pagamento, proposta anche in proprio vantaggio dal lavoratore.

⁶¹ Nel caso in cui il rapporto di lavoro non sia cessato, ad esempio perché intervenuto un trasferimento d’azienda ex art. 2112 c.c., per le quote di TFR sarebbe possibile il solo accertamento dell’ammontare.

alla tutela del Fondo di garanzia INPS *ex art. 2* della legge n. 297 del 1982. L'esito non è, tuttavia, scontato, sussistendo, come già sottolineato al paragrafo 2, una specifica tutela all'art. 5, comma 2, del d.lgs. n. 80 del 1992⁶² per le ipotesi di omissioni contributive ai fondi di previdenza complementare, che esclude una diretta corresponsione delle somme al lavoratore. Invero, la disposizione prevede che il Fondo possa soltanto integrare presso la gestione di previdenza complementare i contributi che risultano omessi⁶³.

Per quanto concerne l'ipotesi in cui il finanziamento della posizione contributiva del lavoratore sia stato previsto per mezzo di una cessione del credito, contratto soggetto al principio consensualistico (art. 1376 c. c.), l'intervento del fallimento non ha effetti sul negozio. Il credito deve, pertanto, ritenersi ceduto al fondo di previdenza complementare e l'ammissione allo stato passivo spetta esclusivamente a quest'ultimo. In caso di inerzia del fondo, il lavoratore potrebbe comunque intervenire in via surrogatoria *ex art. 2900 c. c.*, per ottenere da parte della procedura concorsuale il pagamento in favore del Fondo. L'azione in via surrogatoria comporta, però, l'onere di provare «di aver previamente e tempestivamente sollecitato il fondo a presentare domanda di insinuazione, nonché di averlo informato, in caso negativo, dell'insinuazione in via surrogatoria». Sussiste, quindi, a carico del lavoratore un onere probatorio che si aggiunge a quello – finalizzato a dimostrare il negozio costituito tra fondo, datore di lavoro e lavoratore – di allegare alla curatela del fallimento l'atto di adesione al fondo e il regolamento dello stesso⁶⁴.

Parte della giurisprudenza ha escluso la compatibilità tra il litisconsorzio – che dovrebbe essere necessario qualora venisse esercitata l'azione surrogatoria per supplire all'inattività del fondo – e la disciplina processuale fallimentare. In questo modo verrebbe di fatto impedi-

⁶² In senso contrario: C. A. Roma, sez. lav., 22 luglio 2021; T. Velletri 26 gennaio 2021, n. 125.

⁶³ Per maggiori approfondimenti in merito si rinvia, inoltre, al successivo paragrafo 7.

⁶⁴ Sulla gravosità degli oneri probatori in sede ammissione allo stato passivo per i contributi omessi cfr. E. GRAGNOLI, *Il trattamento di fine rapporto, il fondo di previdenza complementare e l'ammissione allo stato passivo fallimentare*, in <https://dirittodellacrisi.it>, 18 marzo 2021, nota a T. Siracusa 20 gennaio 2021.

to al lavoratore di insinuarsi allo stato passivo. Il problema è che a tale esclusione conseguirebbe l'impossibilità di accedere al Fondo di garanzia INPS ex art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992, poiché la disposizione subordina la tutela al fatto che il credito sia rimasto insoddisfatto nella procedura concorsuale. Non resterebbe, allora, che la possibilità di agire in via risarcitoria nei confronti del datore di lavoro e nei confronti del fondo di previdenza per il mancato esercizio dei diritti di azione allo stesso spettanti⁶⁵.

Le problematiche evidenziate sono aggravate dal fatto che la giurisprudenza di merito ha in alcuni casi escluso – in contrasto, peraltro, con le indicazioni della Suprema Corte⁶⁶ – che il finanziamento della posizione previdenziale presso il fondo possa attuarsi per mezzo di una delegazione di pagamento⁶⁷, ritenendo che l'unico strumento per il “conferimento” delle quote sia la cessione del credito.

L'orientamento citato fonda le proprie conclusioni sull'interpretazione sistematica della disciplina in materia di previdenza complementare, dalla quale dovrebbe desumersi la natura previdenziale delle quote destinate al finanziamento dei fondi e la conseguente inammissibilità di un intervento *iure proprio* del lavoratore che possa consentire l'apprensione delle somme al proprio patrimonio. Viene, altresì, utilizzato a supporto il fatto che l'art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992, come in precedenza evidenziato, non preveda in favore del lavoratore una diretta monetizzazione dei contributi omessi al fondo di previdenza complementare.

Tuttavia, il modello di tutela predisposto dall'art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992 difficilmente può dirsi determinante per la soluzione della problematica. L'interpretazione letterale della disposizione sembrerebbe, piuttosto, supportare la soluzione opposta: ed invero, da un lato, nella definizione dei requisiti per accedere alla tutela si fa riferimento ad un credito, che deve restare insoddisfatto in sede di procedura concorsuale, di cui dovrebbe essere titolare il lavoratore; dall'altro, sebbene sia escluso che il Fondo di garanzia possa direttamente corrispondere l'ammontare dei contributi omessi al lavoratore,

⁶⁵ T. Catania 24 maggio 2018.

⁶⁶ Cass. 15 febbraio 2019, n. 4626.

⁶⁷ T. Siracusa 20 gennaio 2021.

è contestualmente previsto che l'INPS debba surrogarsi al lavoratore stesso nello stato passivo del fallimento. In dottrina si è affermato che l'articolo 5 del d.lgs. n. 80 del 1992 dovrebbe avere natura neutra sulla soluzione del problema⁶⁸.

Inoltre, si consideri che l'orientamento volto a ritenere che le quote di retribuzione e TFR destinate alla previdenza complementare acquisiscano una natura previdenziale che resterebbe tale anche in caso di mancato versamento delle stesse, nonostante trovi riscontro nella pronuncia delle Sezioni Unite n. 6347 del 2015⁶⁹, non può dirsi pacifico.

Ad ogni modo, l'incertezza degli orientamenti giurisprudenziali rischia di compromettere la tutela del lavoratore. In caso di rigetto della richiesta di ammissione al passivo *iure proprio*, in quanto fondata sul presupposto della sussistenza di una delegazione di pagamento, il lavoratore potrebbe vedersi rigettare anche la successiva richiesta *ex art.* 2900 c.c., formulata in subordine, in sede di opposizione allo stato passivo, in quanto ormai tardiva⁷⁰.

Le problematiche analizzate nel presente paragrafo non sembrano destinate a cessare con l'entrata in vigore del codice della crisi d'impresa e d'insolvenza (d.lgs. n. 14 del 2019), il quale, nell'ambito della procedura di liquidazione giudiziale, richiede una fase di accertamento del passivo. Con riferimento all'ipotesi in cui le parti abbiano pattuito una delegazione di pagamento, si consideri, comunque, che l'art. 183 del nuovo codice, con formula assimilabile a quella dell'art. 78, comma 2, della legge fallimentare, dispone che «il contratto di

⁶⁸ Cfr. E. GRAGNOLI, *Il trattamento di fine rapporto*, cit., 6.

⁶⁹ Cass. S.U. 30 marzo 2015, n. 6347, in *Lav. giur.*, 2015, 10, pp. 915 e ss., con nota di G. ZAMPINI, *Versamenti datoriali a fondi di previdenza complementare: natura previdenziale o retributiva?*

Peraltro, in senso diametralmente opposto, Cass. 25 luglio 2018, n. 19708 afferma che le quote accantonate del trattamento di fine rapporto conferite in un fondo di previdenza complementare «sono intrinsecamente dotate di potenzialità satisfattiva futura e corrispondono ad un diritto certo e liquido del lavoratore, di cui la cessazione del rapporto di lavoro determina solo l'esigibilità, con la conseguenza che le stesse sono pignorabili e devono essere incluse nella dichiarazione resa dal terzo ai sensi dell'art. 547 c.p.c.».

⁷⁰ In questo senso T. Siracusa 20 gennaio 2021.

mandato si scioglie per effetto dell'apertura della liquidazione giudiziale nei confronti del mandatario».

6. *Natura delle somme dovute alla previdenza complementare e privilegi patrimoniali*

Questione pregnante, nella tutela delle somme dovute ai Fondi di previdenza complementare, riguarda la possibilità di annoverarle tra quelle assistite da privilegio secondo la disciplina codicistica. A tal fine, è necessario stabilire la natura del credito vantato dal Fondo.

In proposito, se la giurisprudenza è concorde sull'inquadramento previdenziale dei contributi dovuti dal datore di lavoro⁷¹, tuttora si registrano posizioni differenti per quanto concerne il trattamento di fine rapporto. È quindi dirimente stabilire se, a seguito del conferimento, il TFR mantenga la propria originaria natura di retribuzione differita oppure diventi contribuzione previdenziale. Questa indagine postula, pertanto, un'analisi sulla causa del conferimento, sia esso riconducibile a una cessione del credito o a una delegazione di pagamento, individuando l'interesse che l'operazione negoziale è volta a soddisfare e inferendone, così, la qualificazione ontologica del credito vantato dal Fondo.

Per quanto riguarda la cessione del credito (v. *infra*, §5), il dibattito civilistico sul punto è denso e articolato. Cercando di riassumerlo, con i limiti dettati da questa sede, si ritiene che la cessione del credito sia un negozio a causa variabile, identificabile di volta in volta negli interessi perseguiti dall'operazione economica complessiva⁷². Nel caso di specie, la cessione viene disposta a scopo solutorio rispetto all'obbligazione assunta dal lavoratore nei confronti del Fondo. Di conse-

⁷¹ Cass., S.U., 12 marzo 2015, n. 4949; Cass. 16 marzo 2015, n. 5157.

⁷² Per un sunto dei molteplici orientamenti, F. BOSETTI, *La cessione dei crediti, Le modificazioni soggettive del rapporto obbligatorio*, in *Diritto delle obbligazioni*, (diretto da) U. BRECCIA, Utet, Torino, 2010, pp. 10 ss. Tra i molti, si veda C. M. BIANCA, *Diritto Civile, IV, L'obbligazione*, Giuffrè, Milano, 1993, p. 586; D. PASTORE, *Riflessioni a proposito di struttura e causa della cessione del credito*, in *Riv. dir. comm.*, 1998, 1, pp. 59 ss.; P. PERLINGIERI, *Della cessione dei crediti (artt. 1260-1267)*, in *Comm. Scialoja-Branca*, Zanichelli, Bologna-Roma, 1982, pp. 32 ss.

guenza, deve ritenersi che la causa di tale attribuzione patrimoniale partecipi della funzione propria del contratto intercorrente tra lavoratore/creditore cedente e fondo pensione.

Circa, invece, la delegazione di pagamento (v. *infra*, §5), preme osservare come ci si trovi di fronte ad una *delegatio solvendi*, cioè a un ordine di pagare al delegatario, titolata per il rapporto di valuta, cioè il contratto tra lavoratore e fondo. Il rapporto di valuta, pertanto, integra la causa dell'adempimento attuato dal delegato⁷³.

Dunque, sia in presenza di una cessione del credito, sia a fronte di una delegazione di pagamento, la funzione dell'attribuzione patrimoniale effettuata dal debitore ceduto o dal delegato coincide con quella propria del rapporto intercorrente tra lavoratore e fondo pensione, che plasma l'operazione economica complessiva. Ne discende che il TFR conferito muta la propria connotazione e pertanto non riveste più natura corrispettiva, ma integra un contributo previdenziale dovuto al Fondo.

Acclarata la natura previdenziale degli emolumenti in esame, è palmare l'impossibilità di applicare il regime *ex art. 2751-bis*, n. 1, c.c., che concerne «le retribuzioni dovute, sotto qualsiasi forma (...) e tutte le indennità dovute per effetto della cessazione del rapporto di lavoro».

Occorre chiedersi, in subordine, se sia possibile ravvisare la sussistenza di altre cause di prelazione, riconducendo la fattispecie in esame all'art. 2753 c.c., inerente ai “Crediti per contributi di assicurazione obbligatoria per l'invalidità, la vecchiaia e i superstiti”, oppure all'art. 2754 c.c., relativo ai “Crediti per contributi alternativi ad altre forme di assicurazione”.

L'opzione è recisamente negata dalla giurisprudenza, che qualifica tutte le somme dovute a enti privati, tra cui i Fondi pensione, come crediti chirografari. Ciò perché «la causa del credito in considerazione della quale la legge accorda il privilegio generale sui mobili del datore di lavoro per i contributi di previdenza sociale di cui agli artt. 2753 e

⁷³ Cass. 19 maggio 2004, n. 9470; di recente Cass. 13 maggio 2021, n. 12885. Per un'analisi, B. GRASSO, *Delegazione, espromissione e acollo* (artt. 1268-1276), in F. D. BUSNELLI (diretto da), *Il Codice Civile Commentato*, Milano, 2011, pp. 15 ss.; C.M. BIANCA, *Diritto Civile*, cit., pp. 637; 650.

2754 c.c., va individuata nell'interesse pubblico al reperimento ed alla conservazione delle fonti di finanziamento della previdenza sociale, fine non tutelato, invece, dagli enti privati, pur portatori di interessi collettivi»⁷⁴. Le somme in analisi, quindi, non sono assistite da privilegio in quanto la loro debenza è stabilita da fonti privatistiche, e non dalla legge a condizioni prefissate, come accade invece nel caso del rapporto giuridico di assicurazione sociale⁷⁵.

Tuttavia, è proprio la *ratio* dei privilegi, come individuata dalle cennate pronunce, che induce a sollevare alcuni dubbi sulle conclusioni giudiziali.

A più riprese la Consulta ha ribadito, in modo granitico, che esiste un collegamento funzionale tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare, poiché entrambe sono volte a garantire ai lavoratori mezzi adeguati alle esigenze di vita, nell'alveo dell'art. 38, comma 2, Cost.⁷⁶: i due sistemi costituiscono, infatti, espressioni della previdenza sociale disciplinata e tutelata dalla Carta.

Aspetto, questo, che il disegno del d. lgs. n. 421 del 1992 pone alla base della previdenza complementare, disponendo che tali forme pensionistiche vengano disciplinate al fine di prevedere «più elevati livelli di copertura previdenziale», e che trova riscontro in una peculiare conformazione della disciplina di dettaglio, affine in molti aspetti al sistema obbligatorio.

Per menzionare solo alcune similitudini, la scelta di aderire alla previdenza complementare è irrevocabile, e comporta una sostanziale indisponibilità della posizione individuale maturata, la cui rigidità è

⁷⁴ Cass. 8 febbraio 2019, n. 3878; Cass. 10 agosto 2017, n. 19944; Cass. 5 ottobre 2015, n. 19792; nel merito, T. Catania 3 maggio 2018.

⁷⁵ *Ex multis* Cass. 14 dicembre 2015, n. 25173.

⁷⁶ C. cost. 3 ottobre 2019, n. 218, ma già 28 luglio 2000, n. 393 e 8 settembre 1995, n. 421. Si vedano anche O. BONARDI, *La nuova disciplina della previdenza complementare (d.lgs. 5 dicembre 2005, n. 252) – Tassonomie, concetti e principi della previdenza complementare*, in A. TURSI (a cura di), *La nuova disciplina della previdenza complementare*, cit., pp. 552 ss.; G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Fondamento costituzionale e modelli organizzativi*, Cedam, Padova, 2004, pp. 38 ss.; ID., *La previdenza complementare nella giurisprudenza*, cit., pp. 313 ss.; S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella nuova previdenza complementare*, in *WP CSDLE Massimo D'Antona.IT*, n. 62/2007 e segnatamente il par. 8.

temperata dai particolari casi delle anticipazioni e dei riscatti. Il diritto alla prestazione pensionistica si acquisisce al momento della maturazione dei requisiti di accesso alle prestazioni stabiliti nel regime obbligatorio di appartenenza (art. 11, comma 2, d. lgs. n. 252 del 2005). Le posizioni individuali, in fase di accumulo, sono intangibili da eventuali creditori. In aggiunta, le prestazioni pensionistiche in capitale e rendita e le anticipazioni per spese mediche sono sottoposte agli stessi limiti di cedibilità, sequestrabilità e pignorabilità in vigore per le pensioni nella previdenza obbligatoria (art. 11, comma 10, d. lgs. n. 252 del 2005).

Dunque, gli indici in questione appalesano come anche il secondo pilastro rivesta una vocazione servente rispetto alla garanzia previdenziale delineata dalla Costituzione.

D'altro canto, sempre sul piano argomentativo appare formalistica un'esclusione basata sul carattere privatistico delle fonti istitutive. Invero, la contrattazione collettiva trova la propria legittimazione nel rinvio di funzioni contenuto nell'art. 3, comma 1, d. lgs. n. 252 del 2005: di talché, in ultima analisi, la fonte dell'obbligo resta pur sempre la legge, seppur mediato dalla facoltatività circa l'adesione alla previdenza complementare.

Rilevata la natura compiutamente previdenziale dei conferimenti, in quanto volti a finanziare la previdenza sociale tutelata dall'art. 38 comma 2 della Carta, resta da verificare quale tra le due norme sui privilegi per contributi risulti applicabile.

L'operatività dell'art. 2753 c.c. deve essere esclusa. La disposizione si riferisce chiaramente alle «forme di assicurazione obbligatoria», tra le quali non è possibile ricomprendere la previdenza complementare, data la natura libera e volontaria dell'adesione. A parere di chi scrive, invece, dovrebbe trovare applicazione l'art. 2754 c.c., che contempla «i crediti per i contributi dovuti ad istituti ed enti per forme di tutela previdenziale e assistenziale diverse da quelle indicate dal precedente articolo».

La giurisprudenza, però, è di diverso avviso. Da ultimo, le SS.UU. hanno ribadito come l'espressione di apertura "*Hanno pure privilegio*", che si legge nell'art. 2754 c.c. attesti, in modo inequivoco, lo stretto legame di continuità tra gli artt. 2753 e 2754 c.c., destinati a garantire in modo completo e coerente le contribuzioni dovute al sistema della

previdenza obbligatoria. «In altri termini, le disposizioni contenute negli artt. 2753 e 2754 c.c. sono diverse solo per l'oggetto del rischio: invalidità, vecchiaia e superstiti indicate nell'art. 2753; forme di tutela previdenziale e assistenziale diverse da quelle indicate dal precedente articolo, indicate nell'art. 2754, ma entrambe giustificano l'attribuzione del privilegio generale di cui all'art. 2751 c.c. solo nell'ambito delle forme di "assicurazione generale obbligatoria"»⁷⁷. Secondo la S.C., «una diversa lettura dell'art. 2754 c.c., volta a ritenere che esso metta insieme sia previsioni legali di contributi di assicurazione obbligatoria per evenienze diverse da invalidità, vecchiaia e superstiti, sia forme di assicurazione volontaria, oltretutto contraria al chiaro ed inequivoco dato testuale e sistematico, determinerebbe una protezione così aperta da risultare indiscriminata ed irrazionale, perché gioverebbe anche ad interessi non riconoscibili *ex ante* in una disciplina pubblicistica o, più semplicemente, di predeterminazione normativa, che proprio l'obbligatorietà dell'assicurazione, da cui muove con chiarezza l'art. 2753 c.c. tende, invece, ad attuare».

Le argomentazioni non convincono del tutto. Sul piano strettamente letterale, l'avverbio "pure", non corredato da alcuna espressa menzione dell'assicurazione generale obbligatoria, non consente di ricavare una delimitazione dell'ambito applicativo della norma. Anzi, al contrario, il fatto che le forme di tutela previdenziale siano qualificate come «diverse da quelle indicate nel precedente articolo» indurrebbe a non escludere una portata differente ed ulteriore rispetto all'AGO. Inoltre, l'esatto significato della norma dovrebbe essere tratto dalla connessione con il sistema normativo in cui la stessa è inserita e con i principi fondamentali – anche costituzionali – che presiedono la materia⁷⁸. Posto che «la causa del credito, in considerazione della quale la legge accorda il privilegio, (è) l'interesse pubblico al reperimento e alla conservazione delle fonti di finanziamento della previdenza sociale», alla luce delle considerazioni dianzi esposte sulla portata della garanzia *ex art.* 38 Cost., e in un'interpretazione evolutiva della disposizione, devono essere ricompresi anche i crediti vantati dai Fondi di previdenza complementare. Né, d'altro canto, è condivisibile la paventata inde-

⁷⁷ Cass., S.U., 9 giugno 2021, n. 16084.

⁷⁸ Così Cass. 22 gennaio 1992, n. 699.

terminatezza degli interessi garantiti: le forme previdenziali tutelate resterebbero, comunque, tipiche e disciplinate da una fonte legale, ossia il d. lgs. n. 252 del 2005.

Pertanto, deve concludersi per l'applicabilità dell'art. 2754 c.c. alle somme dovute ai Fondi di previdenza complementare⁷⁹: di conseguenza, tali crediti dovrebbero essere assistiti da privilegio generale sui beni mobili del datore di lavoro, mentre i relativi accessori lo sono limitatamente al cinquanta per cento del loro ammontare.

7. Omissioni contributive e Fondo di garanzia: problemi e prospettive

I rimedi contro le omissioni contributive si articolano in rimedi preventivi, offensivi e difensivi. I primi consistono nella predisposizione di una serie di obblighi informativi⁸⁰ posti in capo al fondo pensione circa la posizione individuale del lavoratore, mentre i secondi riguardano la responsabilità del datore di lavoro. I rimedi difensivi, invece, volti a tutelare il lavoratore dal «rischio derivante [...] dall'omesso o insufficiente versamento di contributi»⁸¹ da parte del dato-

⁷⁹ In questo senso, la minoritaria ma condivisibile voce dissenziente di C. A. Roma, sez. I, 4 febbraio 2013, n. 647, per cui «è proprio la definizione di complementarietà di tali forme, conseguentemente dirette a costituire, insieme a quella obbligatoria, un unico strumento previdenziale, idoneo ad attuare il principio costituzionale ex art. 38 Cost., che induce a ritenere che la previsione ex art. 2754 c.c. sia applicabile anche ad Istituti previdenziali, che traggano le fonti delle proprie erogazioni previdenziali nella pattuizione collettiva». Sulla stessa scia la circolare sugli «Stati Passivi», n. 1/2017 del Tribunale di Vicenza, che predilige l'inquadramento nell'art. 2754 c.c., «cui non pare essere di ostacolo la circostanza che si tratti di previdenza non obbligatoria, atteso che tale limitazione è specificamente contemplata dall'art. 2753 c.c., ma non dal successivo» (<http://www.fallimentiesocieta.it/content/circolare-tribunale-di-vicenza-su-stati-passivi-circ-12017-materia-di-fondi-banche-garante>). In dottrina, I. CARELLI, *Il privilegio dei crediti di previdenza complementare*, in *Nuovo dir. soc.*, 2013, 6, pp. 72 ss.

⁸⁰ Cfr. A. CANDIAN, *Forme pensionistiche complementari individuali e tutela dell'iscritto*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2018, 1, pp. 34 ss.

⁸¹ R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., p. 660.

re di lavoro, comprendono anche l'accesso al Fondo di garanzia istituito presso l'INPS⁸².

Ai sensi dell'art. 5 del d.lgs. n. 80 del 1992, infatti, il fondo è istituito «contro il rischio dell'omesso o insufficiente versamento [...] dei contributi dovuti per forme di previdenza complementare», testimoniando l'esistenza di un interesse pubblico affinché i contributi vengano regolarmente versati. La disciplina del Fondo di garanzia della previdenza complementare «oltre che dalle scarse disposizioni di cui all'art. 5 d.lgs. n. 80 del 1992»⁸³, è contenuta nella circolare INPS n. 23 del 22 febbraio 2008, che ha integrato la normativa generale con istruzioni operative volte a facilitare la richiesta di intervento del fondo da parte dei lavoratori subordinati per omesso o insufficiente versamento dei contributi previdenziali complementari.

I presupposti per l'accesso al fondo sono differenziati in ragione dell'assoggettamento o meno del datore di lavoro alle procedure concorsuali⁸⁴, mentre i requisiti, oltre all'iscrizione ad una forma pensionistica complementare tra quelle previste dal d.lgs. n. 205 del 2005, non differiscono da quelli necessari per la richiesta di intervento al Fondo di garanzia per il TFR.

Rispetto alla configurabilità delle diverse tipologie di danno analizzate nei paragrafi precedenti, la tutela offerta dal Fondo di garanzia si

⁸² Cfr. A. SGROI, *Tutela della posizione di previdenza complementare nel caso di omesso versamento della contribuzione da parte del datore di lavoro e intervento del fondo di garanzia*, in *Giur. it.*, 2007, 11, pp. 2493 ss.; R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., pp. 676 ss. Quest'ultimo A. opera una classificazione dei rimedi seguendo più direttrici, in base alla categoria di danno ovvero al soggetto responsabile, delineando in tal modo diverse azioni a disposizione del lavoratore. In quest'ottica, l'intervento del Fondo di garanzia dovrebbe rappresentare una misura di tutela rafforzata. Esso nasce infatti come «rimedio *ad hoc*, introdotto in attuazione della Direttiva 80/987/CEE del Consiglio delle Comunità Europee del 20 dicembre 1980 [...] dall'art. 5, d. lgs. 27 gennaio 1992, n. 80 e appositamente pensato, sia pure in via teoricamente provvisoria, per le ipotesi di omesso o insufficiente versamento dei contributi dovuti alle forme di previdenza complementare di cui all'art. 9-bis del decreto legge 29 marzo 1991, n. 103 [...] per prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti» (*ivi*, p. 659).

⁸³ G. DI CORRADO, *Fondo di garanzia e previdenza complementare*, in *Giur. it.*, 2011, 11, p. 2338.

⁸⁴ Vedi *supra*, § 5.

rivela eccessivamente ridotta. Il primo rilievo critico riguarda la considerazione che, ai sensi dell'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 80 del 92, il fondo opera presso il datore di lavoro inadempiente sottoposto a una procedura concorsuale⁸⁵. La selezione operata dall'art. 5, comma 1, d.lgs. n. 80 del 92, come evidenziato dalla circolare INPS 22 febbraio 2008, n. 23, è integrata dall'art. 1, comma 2, d.lgs. n. 80 del 92, nella parte in cui prevede che, laddove il datore di lavoro non sia assoggettabile a procedura concorsuale, il fondo potrà intervenire previo esperimento, da parte del lavoratore, di una procedura esecutiva individuale infruttuosa, rivelatasi nel suo complesso insufficiente a soddisfare i crediti vantati dal lavoratore⁸⁶.

La selettività del fondo, però, risulta accentuata sul versante oggettivo: stando alla formulazione letterale dell'art. 5, d.lgs. n. 80 del 1992, il suo intervento è limitato all'ipotesi di omesso o insufficiente versamento dei contributi dovuti per le forme di previdenza complementare di cui all'art. 9 bis del d.l. n. 103 del 1991, che si riferisce a «casse, fondi, gestioni o forme assicurative previsti dai contratti collettivi o da accordi o da regolamenti aziendali» e a «enti, fondi, istituti che gestiscono forme di previdenza o assistenza integrativa». Il rinvio a tale norma crea non pochi problemi, determinati dal «generico riferimento alle contribuzioni ed alle somme versate o accantonate alla previdenza complementare»⁸⁷. Con un'interpretazione letterale, si dovrebbe concludere che tale «riferimento alla fonte [...], visto con gli occhiali del legislatore delegato del 1993 e soprattutto del 2005, parrebbe espungere dall'ambito di applicazione della normativa sul Fondo di garanzia tutte le fonti istitutive di nuovo conio [...] e dunque, conseguentemente, le forme pensionistiche da esse create»⁸⁸. Senonché «a ben diversa

⁸⁵ Cfr. V. FERRANTE, *La previdenza complementare al tempo della crisi*, cit., pp. 531 ss.; V. PASCAZIO, *Fallimento del datore di lavoro*, cit., pp. 953 ss.

⁸⁶ Cfr. A. SGROI, *Fondo di tesoreria e Fondo di garanzia per gli iscritti ai fondi di previdenza complementare, e procedure esecutive*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2019, 2, pp. 473 ss.

⁸⁷ Circ. INPS 22 febbraio 2008, n. 23.

⁸⁸ R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., p. 662. Sul punto, cfr. M. BESSONE, *I fondi pensione "preesistenti". Le forme organizzative, la gestione finanziaria e le disposizioni di principio dell'art. 18, D.lg. n. 124 del 1993*, in *Giur. mer.*, 2003, 12, p. 2643 ss.

conclusione induce l'analisi della *ratio* dell'art. 5, c. 1, d.lgs. n. 80/1992 (e dal rimando da essa operato), e ciò per un motivo estremamente semplice, [...] che il legislatore del 1991, nel menzionare le forme di previdenza complementare utilizzando le ricordate, generiche espressioni "casse, fondi, gestioni o forme assicurative previsti dai contratti collettivi o da accordi o da regolamentazioni aziendali" ed "enti, fondi, istituti che gestiscono forme di previdenza o assistenza integrativa" intendeva riferirsi a tutte le forme pensionistiche complementari all'epoca conosciute»⁸⁹.

La vocazione «ecumenica» della formulazione della norma «può essere rispettata oggi solo riconoscendo la tutela offerta dal Fondo di garanzia a tutte le forme pensionistiche complementari, finanziate tramite contributo datoriale»⁹⁰.

Ulteriore profilo che lascia emergere la selettività del Fondo di garanzia è la limitazione delle prestazioni esigibili: l'art. 5 riguarda, infatti, esclusivamente le pensioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, con la conseguenza che le altre forme pensionistiche, come quella di anzianità, risulterebbero escluse dal raggio di operatività del Fondo. La ricostruzione è stata confermata in una emblematica sentenza della Corte di Cassazione⁹¹, che ha chiarito come la funzione del fondo consista nella mera «integrazione dei contributi nella misura necessaria per la costituzione della predetta prestazione per l'ipotesi in cui il lavoratore o i superstiti non abbiano recuperato, mediante l'insinuazione nel fallimento, la contribuzione minima richiesta». Partendo dalla distinzione tra previdenza obbligatoria e previdenza complementare⁹², viene chiarito che «la disparità di trattamento non confi-

⁸⁹ R. VIANELLO, *Previdenza complementare e tutela*, cit., p. 662.

⁹⁰ *Ibidem*, p. 663.

⁹¹ Cass. 26 luglio 2010, n. 17526, in *Giur. it.*, 2011, 11, pp. 2336 ss., con nota di DI CORRADO. Cfr. C.G.U.E., 25 gennaio 2007, C-278/2005, che ha confermato la conformità di quest'impostazione alla Dir. 80/987/CE.

⁹² Laddove «per la prima categoria i contributi omessi sono considerati come versati, anche se prescritti, ai fini del diritto alle prestazioni dell'assicurazione generale e della loro misura; per la seconda, invece, la giurisprudenza europea chiarisce che in caso d'insolvenza del datore il finanziamento dei diritti alle prestazioni non deve essere per forza integrale da parte degli Stati UE» (G. DI CORRADO, *Fondo di garanzia e previdenza complementare*, cit., p. 2337). Sull'applicabilità, nella previdenza comple-

gura illegittimità costituzionale in quanto, se da un lato la pensione obbligatoria risponde all'esigenza sociale di garantire il minimo vitale, quella complementare serve, invece, a mantenere il tenore di vita raggiunto durante l'occupazione lavorativa»⁹³. In realtà, tale orientamento è stato ribaltato da una recente sentenza di merito emessa dal Tribunale di Forlì⁹⁴, che invece ha sostenuto la ricostruzione, ritenuta certamente più condivisibile, secondo la quale l'intervento del fondo è volto all'integrazione di tutti i contributi omessi.

Proprio con riguardo a questi ultimi e sempre sul piano delle prestazioni esigibili, il secondo comma dell'art. 5 limita la pretesa del lavoratore pregiudicato dall'inadempimento del datore ai soli contributi omessi. Ciò in quanto la funzione del Fondo di garanzia non è quella di ripristinare la posizione individuale del lavoratore, ma quella di ristorare il lavoratore nella misura in cui è stata pregiudicata la maturazione del suo diritto.

È evidente come, stando alla normativa speciale lavoristica, la tutela alla quale ha accesso il lavoratore non gli consente di ottenere tutte le somme che avrebbe invece conseguito laddove il datore di lavoro avesse adempiuto ai propri obblighi. Risolutiva, sul punto, si rivela una recente nota dell'Ispettorato Nazionale del Lavoro, secondo la quale «la natura privatistica della previdenza integrativa emerge dal meccanismo di adesione del lavoratore, che è libero e volontario e dalle modalità di alimentazione del fondo, al quale contribuiscono i destinatari della prestazione e il datore di lavoro»⁹⁵. Riprendendo una sentenza emessa dal Tribunale di Roma qualche anno prima⁹⁶, la nota inquadra nell'inadempimento contrattuale il comportamento del datore di lavoro che, «dopo aver sottoscritto la domanda del lavoratore di adesione ad un fondo di previdenza complementare ed aver effettuato le relative trattenute sulla retribuzione dovuta al lavoratore stesso, ometta di versare dette somme in favore del fondo». Per quanto, però, la tutela

mentare, del principio di corrispettività delle prestazioni in luogo di quello di automaticità, vedi anche A. TURSI, in *qs* volume.

⁹³ G. DI CORRADO, *Fondo di garanzia e previdenza complementare*, cit., p. 2338.

⁹⁴ T. Forlì 5 febbraio 2020, n. 25.

⁹⁵ Nota INL 17 febbraio 2020, n. 1436.

⁹⁶ T. Roma 2 dicembre 2016, n. 10489.

del lavoratore contro le omissioni contributive sia rafforzata dagli strumenti civilistici della disciplina dell'inadempimento, vien da chiedersi se la farraginosità delle procedure non disincentivi il lavoratore stesso rispetto all'esperienza delle relative azioni, peraltro avvolte dall'alea del giudizio.

Il quadro così delineato sembra contrastare con i principi che hanno ispirato le scelte di politica del diritto degli ultimi trent'anni. Se, da un lato, il rafforzamento del ruolo della previdenza complementare appare in linea con il dettato costituzionale⁹⁷ e con l'orientamento eurounitario⁹⁸, è indubbio che la valenza pubblicistica del sistema integrato di sicurezza sociale risulta vulnerata da un quadro di tutele insufficienti e, spesso, più formali che sostanziali. Ciò comporta un netto discostamento tra obiettivi e risultati che non può essere relegato a mera "inefficienza del sistema" sul piano pratico: è necessario un intervento normativo, anche recuperando l'inattuata delega⁹⁹ di cui all'art. 1, comma 2, lett. e), n. 8, l. 23 agosto 2004, n. 243¹⁰⁰, grazie alla

⁹⁷ Cfr. F. CARINCI, G. ZAMPINI, *La previdenza complementare. Uno sguardo di sintesi a vent'anni dal d.lgs. 124/1993*, in *Lav. giur.*, 2013, 5, pp. 437 ss.; M. CINELLI, *Pubblico, privato e Costituzione nelle attuali dinamiche della previdenza*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2017, 3, pp. 401 ss.; M. GAMBACCIANI, *La previdenza complementare nell'evoluzione dei principi costituzionali*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2012, 3, pp. 611 ss.

⁹⁸ Da ultimo, il Considerando n. 10 della Direttiva 2341/2016/UE "IORP II", in base al quale «gli Stati membri dovrebbero tutelare i lavoratori dalla povertà in età avanzata e promuovere sistemi pensionistici integrativi legati ai contratti di lavoro quale integrazione delle pensioni pubbliche». Cfr. S. GIUBBONI, *Coordinamento europeo della sicurezza sociale*, cit., pp. 193 ss.

⁹⁹ Cfr. M. BESSONE, *Previdenza pensionistica privata. La legge di delega dell'agosto 2004 e le grandi linee di una riforma di sistema*, in *Lav. pubbl. amm.*, 2004, 5, pp. 813 ss.; sul decreto attuativo, O. BONARDI, *La nuova disciplina della previdenza complementare (D. lgs. 5 dicembre 2005, n. 252) – Tassonomie, concetti e principi*, cit., pp. 552 ss.; S. GIUBBONI, *Individuale e collettivo nella riforma della previdenza complementare. Primi appunti sul decreto di attuazione della delega ex l. n. 243/2004*, in *Lav. giur.*, 2006, 3, pp. 249 ss.; M. PICCARI, *La disciplina delle forme pensionistiche complementari nel D.lg. 252/2005*, in *Dir. rel. ind.*, 2007, 2, pp. 431 ss.

¹⁰⁰ «Il Governo [...] si atterrà ai seguenti principi e criteri direttivi: [...] adottare misure finalizzate ad incrementare l'entità dei flussi di finanziamento alle forme pensionistiche complementari, collettive e individuali [...] prevedendo a tal fine: [...] l'attribuzione ai fondi pensione della contitolarità con i propri iscritti del diritto alla contribuzione, compreso il trattamento di fine rapporto cui è tenuto il datore di lavoro».

quale il sistema di sicurezza sociale avrebbe potuto dotarsi di strumenti più efficienti che avrebbero garantito una maggiore stabilità e, soprattutto, una credibilità rafforzata anche nei confronti degli iscritti.

È pacifico, infatti, che fornire al sistema di previdenza complementare strumenti coattivi analoghi a quelli del sistema previdenziale pubblico¹⁰¹ assumerebbe un ruolo fondamentale nel contrasto alle irregolarità contributive, sia sul piano deterrente sia su quello della tutela effettiva.

ro, e la legittimazione dei fondi stessi, rafforzando le modalità di riscossione anche coattiva, a rappresentare i propri iscritti nelle controversie aventi ad oggetto i contributi omessi nonché l'eventuale danno derivante dal mancato conseguimento dei relativi rendimenti». Ciò avrebbe realizzato la previsione di cui all'art. 8, Dir. 94/2008/CE («Gli Stati membri si accertano che vengano adottate le misure necessarie per tutelare gli interessi dei lavoratori subordinati e quelli delle persone che hanno già lasciato l'impresa o lo stabilimento del datore di lavoro alla data dell'insorgere della insolvenza di quest'ultimo, per quanto riguarda i diritti maturati o i diritti in corso di maturazione, in materia di prestazioni di vecchiaia, comprese quelle per i superstiti, previste dai regimi complementari di previdenza, professionali o interprofessionali, diversi dai regimi legali nazionali di sicurezza sociale»), che ripropone l'identica disposizione di cui all'abrogata Dir. 987/80/CE. La necessità era già stata evidenziata in passato: v., per la peculiarità della posizione, E. LAMANDA, G. NISPI LANDI (a cura di), *La problematica delle omissioni contributive nella previdenza complementare*, cit., pp. 12 ss. e 31 ss.

¹⁰¹ Sui rischi insiti nella tendenza a utilizzare il sistema di previdenza privata come panacea delle inefficienze del settore pubblico, v. M. CINELLI, «Operazione verità» sui fondi pensione, in *Riv. it. dir. lav.*, 2007, 4, pp. 475 ss.; cfr. P. SANDULLI, *Le nuove problematiche della previdenza italiana: riflessione sulle pensioni*, in *Riv. dir. sic. soc.*, 2020, 2, pp. 439 ss.